



COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS RELEVANTES PARA LA PROPUESTA NORMATIVA

**delitos contra el derecho internacional
de los derechos humanos y
el derecho internacional humanitario**

**Miguel HUERTA BARRÓN
Julissa MANTILLA FALCÓN
Yván MONTOYA VIVANCO
Felipe VILLAVICENCIO TERREROS**



COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS RELEVANTES PARA LA PROPUESTA NORMATIVA

Delitos contra el derecho internacional
de los derechos humanos y
el derecho internacional humanitario

Miguel HUERTA BARRÓN
Julissa MANTILLA FALCÓN
Yván MONTOYA VIVANCO
Felipe VILLAVICENCIO TERREROS

Abril, 2008

© COMISEDH

Edición y corrección de texto: Dr. Óscar SANDOVAL ROJAS

Autores: Miguel Huerta Barrón, Julissa Mantilla Falcón, Yván Montoya Vivanco,
Felipe Villavicencio Terreros

Diseño y diagramación: Gabriela Zenteno

Primera edición, abril de 2008.

1, 000 ejemplares

Impreso en F.G. Servicios Generales

COMISEDH (Comisión de Derechos Humanos)

Sede : Horacio Urteaga N° 704, Jesús María, Lima

Teléfono : (51) (1) 4314334

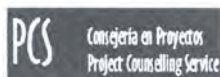
Telefax : (51) (1) 4233876

Correo-e : oficina.lima@comisedh.org.pe

Apartado Postal : 11-0247 Lima

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-12512

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:



ÍNDICE

Índice	3
Presentación	9
Prólogo	13
Introducción	15
 I. Tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en el plano nacional: obligación indirecta derivada del Estatuto de Roma de 1998.	 19
 II. Contenido de la propuesta normativa “delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.	 23
 2.1. Disposiciones de derecho penal general	 23
2.1.1. Responsabilidad penal del individuo y responsabilidad internacional del Estado	23
2.1.1.1. La responsabilidad penal individual	
2.1.1.2. La responsabilidad internacional del Estado.	
2.1.2. La regulación de la responsabilidad de superiores jerárquicos y órdenes superiores	27
2.1.2.1. Antecedentes	
2.1.2.2. Concepto y naturaleza	

2.1.2.3. Requisitos para la atribución de responsabilidad	
2.1.3. La imprescriptibilidad de los delitos, prohibición de indulto, amnistía y derecho de gracia	32
2.1.4. La regulación de la jurisdicción universal	41
2.1.5. Relación entre el principio <i>ne bis in idem</i> y las condiciones de admisibilidad previstas por el Estatuto de Roma que crea la CPI	43
2.2. Delito de genocidio	44
2.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	45
2.2.2. Análisis de la propuesta de delito de genocidio	46
2.2.2.1. Bien jurídico protegido	
2.2.2.2. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de genocidio vigente	
2.2.3. Análisis de la propuesta de delito de provocación al genocidio	48
2.3. Delitos de lesa humanidad y otros delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos	49
2.3.1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido	49
2.3.2. Análisis de la propuesta de delito de ejecución extrajudicial	51
2.3.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.2.2. Bien jurídico protegido	
2.3.2.3. Tipo penal	
2.3.3. Análisis de la propuesta de delito de tortura	52
2.3.3.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.3.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.3.3. Bien jurídico protegido	
2.3.3.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de tortura vigente	
2.3.4. Análisis de la propuesta de delito de desaparición forzada de personas	56
2.3.4.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.4.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.4.3. Bien jurídico protegido	
2.3.4.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de desaparición forzada de personas vigente	
2.3.5. Análisis de la propuestas de delitos de lesa humanidad (contexto de plan sistemático o ataque generalizado) de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas	61
2.3.5.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.5.2. Bien jurídico protegido	
2.3.5.3. Tipo penal	
2.3.6. Análisis de las propuestas de otros delitos de lesa humanidad en contexto de un plan sistemático o ataque generalizado	63
2.3.6.1. Análisis de la propuesta de delito de violencia sexual	
2.3.6.1.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.6.1.1.1. La violencia sexual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos	

ÍNDICE

Índice	3
Presentación	9
Prólogo	13
Introducción	15
 I. Tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en el plano nacional: obligación indirecta derivada del Estatuto de Roma de 1998.	 19
 II. Contenido de la propuesta normativa “delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.	 23
 2.1. Disposiciones de derecho penal general	 23
2.1.1. Responsabilidad penal del individuo y responsabilidad internacional del Estado	23
2.1.1.1. La responsabilidad penal individual	
2.1.1.2. La responsabilidad internacional del Estado.	
2.1.2. La regulación de la responsabilidad de superiores jerárquicos y órdenes superiores	27
2.1.2.1. Antecedentes	
2.1.2.2. Concepto y naturaleza	

2.1.2.3. Requisitos para la atribución de responsabilidad	
2.1.3. La imprescriptibilidad de los delitos, prohibición de indulto, amnistía y derecho de gracia	32
2.1.4. La regulación de la jurisdicción universal	41
2.1.5. Relación entre el principio ne bis in idem y las condiciones de admisibilidad previstas por el Estatuto de Roma que crea la CPI	43
2.2. Delito de genocidio	44
2.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	45
2.2.2. Análisis de la propuesta de delito de genocidio	46
2.2.2.1. Bien jurídico protegido	
2.2.2.2. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de genocidio vigente	
2.2.3. Análisis de la propuesta de delito de provocación al genocidio	48
2.3. Delitos de lesa humanidad y otros delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos	49
2.3.1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido	49
2.3.2. Análisis de la propuesta de delito de ejecución extrajudicial	51
2.3.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.2.2. Bien jurídico protegido	
2.3.2.3. Tipo penal	
2.3.3. Análisis de la propuesta de delito de tortura	52
2.3.3.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.3.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.3.3. Bien jurídico protegido	
2.3.3.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de tortura vigente	
2.3.4. Análisis de la propuesta de delito de desaparición forzada de personas	56
2.3.4.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.4.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.4.3. Bien jurídico protegido	
2.3.4.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de desaparición forzada de personas vigente	
2.3.5. Análisis de la propuestas de delitos de lesa humanidad (contexto de plan sistemático o ataque generalizado) de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas	61
2.3.5.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
2.3.5.2. Bien jurídico protegido	
2.3.5.3. Tipo penal	
2.3.6. Análisis de las propuestas de otros delitos de lesa humanidad en contexto de un plan sistemático o ataque generalizado	63
2.3.6.1. Análisis de la propuesta de delito de violencia sexual	
2.3.6.1.1. Fuentes relevantes del derecho internacional	
2.3.6.1.1.1. La violencia sexual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos	

	2.3.6.1.1.2. La violencia sexual como una forma de tortura	
	2.3.6.1.1.3. Violencia sexual en el ámbito del derecho internacional humanitario	
	2.3.6.1.1.4. Violencia sexual en el ámbito del derecho penal internacional	
	2.3.6.1.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
	2.3.6.1.3. Bien jurídico protegido	
	2.3.6.1.4. Tipo penal	
	2.3.6.2. Análisis de las propuestas de otros delitos de lesa humanidad en contexto de un plan sistemático o ataque generalizado (exterminio, esclavitud, persecución, deportación o traslado forzoso de población y detenciones arbitrarias)	
	2.3.6.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana	
	2.3.6.2.2. Bienes jurídicos protegidos	
	2.3.6.2.3. Tipos penales	
2.3.7	Análisis de la propuesta de delito de apartheid	86
	2.3.7.1 Fuentes relevantes del derecho internacional	
	2.3.7.2 Antecedentes en la legislación penal común peruana	
	2.3.7.3 Tipo penal	
2.4.	Delitos contra el derecho internacional humanitario	87
2.4.1.	Antecedentes en la legislación penal común y militar peruanas	87
2.4.2.	Delimitación del bien jurídico en los delitos contra el derecho internacional humanitario	88
	2.4.2.1. Necesidad de delimitar el bien jurídico protegido en los delitos contra el derecho internacional humanitario y los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos	
	2.4.2.2. Un concepto funcional y valorativo de bien jurídico	
	2.4.2.3. La legitimidad, autonomía y lesividad de los bienes jurídicos colectivos	
	2.4.2.4. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos	
	2.4.2.5. El bien jurídico en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario: divergencias y convergencias con los tipos de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos	
	2.4.2.5.1. Consideraciones iniciales	
	2.4.2.5.2. El “bien” en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario	
	2.4.2.5.3. El “bien jurídico” en los tipos de delitos contra el Derecho internacional humanitario	
	2.4.2.5.4. La protección penal en el derecho internacional humanitario	
	2.4.2.5.5. La naturaleza compleja (individual/institucional) del bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario	
	2.4.2.5.6. Diferencias entre los delitos contra el derecho	

internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos a partir del bien jurídico protegido: consecuencias en la teoría de concursos

2.4.3. El 'contexto' en los delitos contra el derecho internacional humanitario: el conflicto armado	101
2.4.3.1. Concepto de conflicto armado y su distinción de los disturbios y tensiones internas	
2.4.3.2. El marco temporal del conflicto armado	
2.4.3.3. El marco geográfico	
2.4.3.4. Distinción entre conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI)	
2.4.4. El 'sujeto activo' en los delitos contra el derecho internacional humanitario	104
2.4.5. Análisis de las propuestas de delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario	106
2.4.5.1. Categorías de personas protegidas por el derecho internacional humanitario	
2.4.5.1.1. Heridos y enfermos	
2.4.5.1.2. Náufrago	
2.4.5.1.3. Prisioneros de guerra	
2.4.5.1.4. Población civil	
2.4.5.2. Tipos penales	
2.4.5.2.1. Homicidio intencional	
2.4.5.2.2. Toma de rehenes	
2.4.5.2.3. La tortura, los tratos crueles, inhumanos, degradantes y humillantes	
2.4.5.2.3.1. Tortura	
2.4.5.2.3.2. Tratos crueles e inhumanos	
2.4.5.2.3.3. Tratos humillantes y degradantes	
2.4.5.2.4. Atentados contra la libertad sexual	
2.4.5.2.4.1. Violación	
2.4.5.2.4.2. Esclavitud sexual	
2.4.5.2.4.3. Prostitución forzada	
2.4.5.2.4.4. Privación forzada de la capacidad de reproducción	
2.4.5.2.4.5. Uniones forzadas	
2.4.5.2.4.6. Embarazo forzado	
2.4.5.2.4.7. La coacción para el aborto	
2.4.5.2.5. Reclutamiento de menores de edad	
2.4.5.2.6. Deportación o traslado ilegales	
2.4.5.2.7. Someter a experimentos médicos o científicos	
2.4.5.2.7.1. Efectuar experimentos sobre el cuerpo del sujeto pasivo del delito	
2.4.5.2.7.2. Extraer órganos o tejidos	
2.4.5.2.7.3. Aplicar tratamientos no reconocidos médicamente y sin necesidad médica	
2.4.5.2.8. Denegación de un juicio justo	
2.4.5.2.9. Forma agravada	
2.4.5.2.9.1. Concurrencia de lesiones graves o	

muerte de la víctima	
2.4.5.2.9.2. Imposición de la pena de muerte	
2.4.5.2.10. Lesión al enemigo fuera de combate	
2.4.5.2.11. Confinación ilegal	
2.4.5.2.12. Traslado de población nacional	
2.4.5.2.13. Obligar a servir en fuerzas armadas enemigas	
2.4.5.2.14. Obligar a participar en operaciones bélicas	
2.4.6. Análisis de las propuestas de delitos contra el patrimonio y otros derechos	131
2.4.6.1. Bienes jurídicos protegidos	
2.4.6.2. Tipos penales	
2.4.6.2.1. Saqueo	
2.4.6.2.2. Destrucción innecesaria de bienes de la parte adversa	
2.4.6.2.3. Apropiación de bienes del enemigo	
2.4.6.2.4. Denegación de derechos y acciones	
2.4.7. Análisis de las propuestas de delitos contra operaciones humanitarias y emblemas	135
2.4.7.1. Bienes jurídicos protegidos	
2.4.7.2. Tipos penales	
2.4.7.2.1. Dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria	
2.4.7.2.2. Dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra	
2.4.7.2.3. Utilización indebida de signos protectores	
2.4.8. Análisis de las propuestas de delitos de uso de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades	139
2.4.8.1. Bienes jurídicos protegidos	
2.4.8.2. Tipos penales	
2.4.8.2.1. Dirigir ataque contra la población civil	
2.4.8.2.2. Ataque a objetos protegidos	
2.4.8.2.3. Ataque con dolo directo de segundo grado a personas civiles y bienes civiles	
2.4.8.2.4. Utilización de personas protegidas como escudos	
2.4.8.2.5. Hacer padecer hambre como método de guerra	
2.4.8.2.6. Orden o amenaza de no dar cuartel	
2.4.8.2.7. Dar muerte o lesionar a traición	
2.4.8.2.8. Ataque con dolo de consecuencias necesarias al medio ambiente	
2.4.9. Análisis de los delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de las hostilidades	150
2.4.9.1. Tipos penales	
2.4.9.1.1. Uso de veneno o armas venenosas	
2.4.9.1.2. Uso de armas biológicas o químicas	
2.4.9.1.3. Uso de balas prohibidas	

III. Impacto de la tipificación de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el caso peruano	152
3.1. Plano interno	152
3.1.1 Fortalecimiento del sistema de represión y sanción nacional de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos	152
3.1.1.1. Consideraciones generales	
3.1.1.2. El establecimiento de instancias especializadas para la investigación y juzgamiento de casos de violaciones de derechos humanos	
3.1.1.3. Competencia de las Instancias Especializadas en casos de derechos humanos	
3.1.1.4. Implicancias de la entrada en vigencia de la normativa que adecúa la legislación penal al Estatuto de Roma de la CPI y otros instrumentos internacionales	
3.1.2 Habilitación de un sistema de represión y sanción nacional de los delitos contra el derecho internacional humanitario	157
3.1.2.1. Consideraciones generales	
3.1.2.2. Regulación en la legislación penal común	
3.1.2.3. Implicancias de la entrada en vigencia de la normativa que adecua la legislación penal al Estatuto de Roma de la CPI y otros instrumentos internacionales	
3.2. Plano internacional: prevención de supuestos de responsabilidad internacional por parte del Estado	161
Conclusiones	167
Bibliografía	169

PRESENTACIÓN

La presente publicación constituye un aporte de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), contando con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹, al importante proceso de reforma de la legislación penal peruana, con miras a su adecuación a lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y a otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, de los cuales el Perú es Estado Parte.

Desde que en el año 2002 se emitiera la Ley N° 27837², constituyéndose así la Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP) y dándose inicio al proceso de reforma referido, organizaciones de sociedad civil comprometidas en el ámbito de los derechos humanos, derechos de la mujer y el derecho internacional humanitario han venido contribuyendo en el marco del mismo a efectos de viabilizar la concreta adecuación de la legislación penal peruana a lo establecido en los mencionados instrumentos internacionales³.

Sin embargo, es importante destacar que este proceso de reforma han contribuido sectores del Estado. Es así que en la mencionada CERCP, han participado representantes del Poder Legislativo –congresistas nombrados por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos-, Poder Ejecutivo –representados por el Ministerio de Justicia-, Poder Judicial, Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. De otro lado, también ha colaborado en este proceso la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho

1 Cabe señalar que ninguna de las opiniones ni planteamientos contenidos en la presente obra comprometen, en forma alguna, la posición institucional del CICR.

2 Ley N° 27837, publicada el 4 de octubre de 2002, que constituye la Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP), fijándole como mandato “revisar el texto del Código Penal, normas modificatorias y adecuación a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú, y demás instrumentos internacionales” (artículo 1).

3 Se ha constituido un espacio de coordinación entre representantes de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), la sección peruana de Amnistía Internacional y la institución Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer-DEMUS, cuyo objetivo es contribuir con el proceso de adecuación de la legislación penal peruana al Estatuto de Roma de la CPI y a otros instrumentos de derechos humanos y derecho internacional humanitario, de los cuales el Perú es Estado Parte. En relación con los esfuerzos de tales instituciones, cabe resaltar también el apoyo técnico brindado por la Defensoría del Pueblo, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, la CONADIH y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en el caso de este último, en materia de derecho internacional humanitario.

Internacional Humanitario (CONADIH)⁴ –integrada por representantes de los Ministerios de Justicia, Relaciones Exteriores, Defensa, Interior y Educación (en calidad de miembros plenos), y por representantes de la Defensoría del Pueblo, del Congreso de la República, de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en calidad de miembros observadores-.

Durante este proceso se han venido alcanzando avances progresivos, todos ellos en sintonía con el objetivo final de adecuar la legislación interna peruana a los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario frente a los cuales el Perú se encuentra comprometido. El 10 de diciembre del 2003, el Grupo de Trabajo N° 3 de la CERCP presentó su propuesta legislativa de “Adecuación de la Legislación Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En dicha propuesta se planteó incorporar en el Código Penal un nuevo Libro Tercero denominado “*Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*”. Esta iniciativa fue sometida a debate en el pleno de la CERCP, aprobando esta última en el mes de febrero de 2006 que dicha propuesta legislativa fuera promulgada mediante ley, por lo que dicha Comisión remitiera tal propuesta a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso⁵. La referida Comisión de Justicia y Derechos Humanos, correspondiente al periodo legislativo 2001-2006, hizo suyo el Proyecto de Ley en su sesión ordinaria del 3 de mayo de 2006, asignándole el número 14659/2005-CR. Sin embargo, vencido el plazo de la legislatura de ese entonces, ni el debate, ni el dictamen correspondiente pudieron ser abordados en su integridad en el seno de dicha Comisión.

Dada tal coyuntura, las organizaciones de la sociedad civil, así como otras instituciones del Estado no han cesado en sus esfuerzos por continuar con el posicionamiento de dicha propuesta normativa. En particular, uno de los objetivos principales era, precisamente, reactivar tal propuesta en el periodo legislativo 2006-2011. Es así que como parte de los citados esfuerzos, se elaboró un brochure denominado “Adecuación de la legislación penal peruana al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Regulación del delito de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra el derecho internacional humanitario”, documento que fue empleado en diversas actividades de incidencia ante diversas autoridades.

También se llevó a cabo el Seminario Internacional “La Tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en el marco del ordenamiento penal común peruano”, los días 21 y 22 de junio de 2007, donde participaron destacados expositores internacionales tales como el Dr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, experto en derecho penal y Diputado por el Parlamento Chileno, autor de diferentes obras de derecho penal, criminología y política criminal, así como la Dra. María del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, Profesora de derecho internacional de la Universidad de Sevilla (España), conferencista y autora de diversos artículos en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. De igual manera, en dicha oportunidad se contaría con la participación de expertos nacionales en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal y de género.

Contando con la presencia de 136 participantes en el Seminario Internacional, entre funcionarios del Poder Ejecutivo (de los Ministerios de Justicia, Relaciones Exteriores, Interior y Defensa), Congreso de la República, Defensoría del Pueblo, abogados de organismos de derechos humanos y docentes de las Facultades de Derecho de Universidades, luego de dos jornadas de trabajo, quedó claramente

⁴ La CONADIH ha colocado el tema de la adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma de la CPI y otros instrumentos internacionales en su Planes Operativos Anuales de los años 2005, 2006, 2007 y 2008.

⁵ La Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP), mediante oficio del 06 de febrero de 2006, remitió a la Presidencia de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos la propuesta de adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma.

establecida la necesidad de retomar el proceso de adecuación de la legislación penal con miras a la tipificación concreta de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Unos meses después, el 11 de octubre de 2007, a iniciativa de la Congresista María Cleofe Sumire de Conde –del bloque parlamentario nacionalista–, se presentó el Proyecto de Ley N° 1707/2007-CR que plantea la tipificación de los “Delitos contra el derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, siendo derivado nuevamente para su debate a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. Dicha iniciativa legislativa contempla lo que ya se establecía en la propuesta que en el 2006 formulara la CERCP. Así, se establecen disposiciones generales como las relacionadas a la aplicación supletoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otras normas internacionales (art. 1), la responsabilidad de los jefes y otros superiores (art. 2), el régimen de las órdenes superiores (art. 3), la imprescriptibilidad (art. 4) y la jurisdicción universal (art. 5).

Asimismo, se revisa la tipificación de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos regulados en nuestro Código Penal (por ejemplo, se ha señalado reiteradas veces lo inadecuado de exigir en tortura que los dolores y sufrimientos sean “graves” o en el caso de desaparición forzada que se exija que la desaparición sea “debidamente comprobada”), y se postula la incorporación de nuevos tipos penales tales como la ejecución extrajudicial, violencia sexual o el mismo catálogo íntegro de los delitos contra el derecho internacional humanitario.

Reactivada la propuesta normativa en cuestión y dada trascendencia de la misma, las organizaciones e instituciones comprometidas en este esfuerzo, gestionan la publicación del texto íntegro del Proyecto de Ley N° 1707/2007-CR, en aras de contribuir a su difusión y debate.

Algunos aspectos a destacar sobre el mismo: de un lado, cabe señalar que, por primera vez, se postula la regulación de los delitos de violencia sexual como delitos de lesa humanidad, comprendiendo supuestos referidos a violación sexual, prostitución forzada, esclavitud sexual, matrimonio o convivencia forzada, esterilización forzada, aborto forzado y embarazo forzado⁶.

De otro lado, el tenor del Proyecto en cuestión constituye la primera ocasión en la que el legislador penal común aborda el tema de la regulación de los delitos contra el derecho internacional humanitario –también conocidos como crímenes de guerra–, la cual generalmente había sido circunscrita a su tratamiento en el marco de la legislación penal militar; sobre el particular habría que tomar en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 15 de diciembre de 2006, recaída en el Exp. N° 0012-2006-PI/TC, a través de la cual declara inconstitucional, entre otras disposiciones del nuevo Código de Justicia Militar Policial (aprobado por el Decreto Legislativo N° 961 publicado el 11 de enero de 2006) la tipificación de los delitos contra el derecho internacional humanitario (artículos 90 al 103), motivando que la misma se circunscriba al ámbito de la legislación penal común⁷.

En este orden de ideas, la presente obra constituye uno de los primeros esfuerzos desplegados en el país, por desarrollar un análisis jurídico integral sobre los antecedentes, fuentes y descripción típica de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y contra el derecho internacional humanitario, contemplados en el citado Proyecto de Ley.

6 Ver: COMISION DE DERECHOS HUMANOS, DEMUS y COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Adecuación de la Legislación Penal Peruana al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Regulación del delito de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra el derecho internacional humanitario. Lima: COMISEDH, Diciembre 2007. p. 7.

7 Ver, COMISEDH, DEMUS y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Op. Cit., p. 8.

En tal sentido, esperamos, en particular, que la lectura de la presente publicación pueda contribuir con el debate técnico sobre la propuesta normativa que actualmente se encuentra en discusión en el Congreso de la República, pero, por supuesto, es también nuestro anhelo que la misma pueda constituir una referencia para que los operadores del sistema de justicia (abogados, jueces y fiscales) y los ciudadanos en general puedan comprender la naturaleza y alcance de estos delitos y la trascendencia de su regulación a nivel interno.

No es nuestra intención terminar sin dejar de agradecer, por un lado, la participación en esta obra, de los doctores Julisa MANTILLA FALCÓN, Yván MONTOYA VIVANCO y Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, sin cuyos aportes técnicos la misma no hubiera sido posible. De otro lado, agradecer al Dr. Óscar SANDOVAL ROJAS, por el titánico esfuerzo de unificación y sistematización de los textos, así como por su prolijo trabajo de edición y corrección de estilo.

Finalmente, valga también esta presentación para agradecer, asimismo, las sugerencias de la Dra. Marisela SILVA CHAU, Asesora Jurídica de la Delegación Regional del CICR para Bolivia, Ecuador y Perú, en particular, en cuanto a la definición de la estructura y objetivos técnicos de la presente publicación.

Miguel HUERTA BARRÓN
Presidente de COMISEDH

PRÓLOGO

El establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) ha ameritado, como es de conocimiento de los estudiosos del derecho internacional, innumerables publicaciones que hoy forman parte de la doctrina insoslayable al tratar temas relacionados a la CPI y al derecho penal internacional en general. Los destinatarios de tales publicaciones han sido muchos, en particular, los propios estudiosos del derecho internacional.

En esta ocasión, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) estaría particularmente interesado en que los principales destinatarios de la presente obra fueran, sobre todo (y sin excluir a los primeros), aquellas autoridades nacionales que, por su función, deban, en su momento, interpretar y aplicar conceptos relacionados a la represión y sanción de conductas que atentan contra el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y/o el derecho internacional humanitario (DIH).

El CICR, institución humanitaria, imparcial, neutral e independiente, es conocido en distintas partes del mundo por concentrar sus esfuerzos en el ámbito de la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos armados y de la violencia interna, pero también, por promover la implementación del derecho internacional humanitario en el plano nacional de los Estados.

En relación con este segundo ámbito de esfuerzos del CICR, consideramos como un ejercicio de particular importancia (y de utilidad) el que COMISEDH haya convocado a expertas y expertos peruanos con miras al análisis de aspectos relevantes sobre el Proyecto de Ley N° 1707/2007-CR, el mismo que, como ya se ha mencionado, plantea una tipificación completa de los delitos contra el DIDH y el DIH.

Más aún, el CICR no puede dejar de resaltar el que la presente publicación aborde de manera detallada el apartado correspondiente a los 'delitos contra el derecho internacional humanitario', incorporando en su análisis, no sólo elementos relevantes de derecho internacional, sino también, de derecho penal peruano.

Siendo testigo de los fragores de no pocas situaciones de conflicto armado y violencia interna que, lamentablemente, se libran todavía en distintas partes del mundo, el CICR no puede sino esperar que los esfuerzos de las autoridades sobre el particular, sean sobre todo exitosos en el ámbito de la prevención de eventuales transgresiones al DIDH o al DIH, según sea el caso.

Por lo mismo, es en este sentido que esperamos que delitos como los que son analizados y comentados en la presente obra, no se cometan nunca y que su propia tipificación penal, en el peor escenario posible, tenga solamente un efecto persuasivo.

El CICR hace propicio el presente prólogo para reiterar a las autoridades peruanas, su disposición de seguir apoyando técnicamente los esfuerzos encaminados al proceso de implementación del DIH en el plano nacional, un proceso en marcha desde hace ya algunos años en el Perú, pero todavía con objetivos pendientes.

Christophe MARTIN
Jefe de Delegación
Delegación Regional del CICR
para Bolivia, Ecuador y Perú

INTRODUCCIÓN

La presente obra se enmarca dentro del proceso de reforma de la legislación penal peruana, con miras a su adecuación a lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, de los cuales el Perú es Estado Parte.

Este proceso de reforma se viene desarrollando desde que en el año 2002 se aprobara la Ley N° 27837, la misma que constituiría la Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP), y con ello el espacio en el marco del cual se trabajara el contenido del actual Proyecto de Ley N° 1707/2007-CR, es decir, una propuesta de regulación de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Sobre estos delitos (crímenes internacionales) se ha señalado que se refieren a aquellas “conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial, para cuya protección es necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad, a través de actuaciones nacionales, o internacionales, colectivas y de cooperación”¹. Es así que en el Estatuto de Roma de la CPI, en su Preámbulo, se señala que constituyen “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, y que los mismos son “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. En ello reside la trascendencia de su regulación en nuestra legislación penal interna y la importancia de conocer los alcances de la propuesta de reforma legislativa existente sobre la materia.

Los trabajos desarrollados en la presente obra desarrollan un análisis técnico sobre el conjunto de delitos referidos en tres secciones. La primera de ellas está dedicada a analizar la obligación indirecta derivada del Estatuto de Roma, para la tipificación interna de los crímenes de competencia de la CPI. La segunda sección aborda, en estricto, la propuesta normativa de tipificación de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y contra el derecho internacional humanitario, a

1 BASSIOUNI, Cherif. Derecho Penal Internacional. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 49-50.

saber, tanto las disposiciones de derecho penal general, como las que regulan los delitos de genocidio, de lesa humanidad –con un análisis especial de los delitos de violencia sexual- y contra el derecho internacional humanitario. La tercera sección, por su parte, se aboca a la reflexión sobre el impacto de la tipificación de estos delitos en el caso peruano, enfocando tal impacto, tanto en el plano interno, como en el plano internacional.

En lo referido a la primera sección, el tema es abordado por Yván MONTOYA VIVANCO, quien plantea que serían dos los fundamentos que permitirían sostener la existencia de una obligación *indirecta de los Estados Parte de adecuar la legislación penal interna a los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma*. El primero de ellos apuntaría a la existencia de un conjunto de normas internacionales consuetudinarias y convencionales que determinan la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. A esto se sumaría que, según el autor, también se evidencian normas consuetudinarias y, sobre todo, convencionales que establecen obligaciones de incorporar, en el plano nacional, como delitos prácticas individuales calificadas como crímenes internacionales. El segundo fundamento estaría relacionado a las exigencias derivadas del principio de complementariedad contemplado en los artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma de la CPI. Dicho principio presupone que los Estados Partes tienen la responsabilidad prioritaria de perseguir y sancionar penalmente los crímenes de competencia de la CPI, contemplados en el Estatuto. En esa línea de razonamiento, tal responsabilidad debiera traducirse, por un lado, en voluntad o disposición (política criminal), y, por otro lado, en capacidad, siendo para ello necesario que los Estados cuenten, entre otros aspectos, con una normativa adecuada para poder perseguir, en el plano nacional, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

En la segunda sección del libro, es decir, en lo referido a las disposiciones de derecho penal general, el mismo Yván MONTOYA VIVANCO desarrolla un análisis detallado sobre la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional del Estado, la regulación de la responsabilidad penal del superior, la jurisdicción universal, el principio del *non bis in idem* y las condiciones de admisibilidad previstas por el Estatuto de Roma de la CPI. Por su parte, Felipe VILLAVICENCIO TERREROS hace un estudio sobre la imprescriptibilidad y la prohibición de indulto, amnistía y derecho de gracia en relación con estos delitos. Como se aprecia, se abordan temas complejos y emblemáticos que, en no pocas oportunidades, han sido objeto de debate por parte de tribunales nacionales e internacionales. En ello radica la trascendencia de su análisis y el conocimiento adecuado de los mismos por parte de los operadores de justicia.

En la referida sección segunda del libro, también se efectúa un análisis de las disposiciones que regulan los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario –crímenes de guerra-. Es de destacar la prolija labor realizada por Felipe VILLAVICENCIO TERREROS –respecto a los delitos de genocidio y lesa humanidad-, Julissa MANTILLA FALCÓN –en relación con la novísima figura de la violencia sexual como delito de lesa humanidad- e Yván MONTOYA VIVANCO –en torno a los delitos contra el derecho internacional humanitario-.

Resulta valioso que los autores hayan efectuado un análisis detallado sobre las diversas disposiciones contempladas en la propuesta normativa (Proyecto de Ley N° 1707/2007-CR) que se encuentra todavía en debate en el Congreso de la República, incluyendo una reflexión profunda sobre los bienes jurídicos en curso que permiten distinguir estos delitos de los delitos comunes – como por ejemplo, diferenciar genocidio de homicidio, desaparición forzada de secuestro, tortura de lesiones, violencia sexual de violación sexual como delito contra la libertad sexual, entre otros-, así como precisar la distinción entre los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y los delitos contra el derecho internacional humanitario.

Tomando como referencia la doctrina y la jurisprudencia relevantes, los autores también desarrollan una amplia reflexión con miras a precisar las conductas prohibidas de todos los supuestos típicos contemplados en la propuesta normativa referida, aspirando a ser el análisis más amplio e integral que hasta el momento se haya desarrollado en nuestro país sobre esta trascendente materia. Por lo mismo, estamos convencidos de que sus aportes contribuirán con el debate técnico sobre la propuesta normativa en cuestión, la misma que, de ser aprobada, contribuiría, a su vez, con la existencia de un adecuado marco jurídico de protección de la persona.

En la tercera sección del libro se aborda lo referente al impacto de la tipificación de los mencionados delitos en el caso peruano. Una primera mirada que se brinda es en cuanto al impacto en el plano interno, desarrollada por Miguel HUERTA BARRÓN, a partir de la cual se precisan las implicancias de la adopción de una legislación en esta materia para el fortalecimiento del sistema de represión y sanción nacional de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos, así como para habilitar un sistema de represión y sanción nacional de los delitos contra el derecho internacional humanitario. Para dicha reflexión se toma en cuenta la situación existente, incluyendo las instancias especializadas a cargo de casos sobre derechos humanos, como también las propias insuficiencias que presentan las mismas. A manera de complemento, una segunda mirada que se brinda es la referida al impacto de la tipificación de estos delitos en el plano internacional, haciéndose referencia no sólo a normas convencionales y consuetudinarias relevantes que imponen ya a los Estados, como obligación internacional, la tipificación de estos delitos, sino también el impacto de tal tipificación en cuanto a la prevención de supuestos de responsabilidad internacional por parte de los Estados.

Así, confiamos en que las reflexiones jurídicas desarrolladas en la presente obra constituyan un aporte, con miras a favorecer el entendimiento sobre el sentido y alcances de la propuesta de tipificación de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el caso peruano, pero, sobre todo, contribuyan con el adecuado entendimiento sobre la trascendencia de concretizar la misma.

COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS RELEVANTES PARA LA PROPUESTA NORMATIVA

Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

I. Tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en el plano nacional: obligación indirecta derivada del Estatuto de Roma¹

Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma) definen una serie de conductas como crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, respectivamente. Se trata de crímenes que son de competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) y no de los órganos de la jurisdicción interna de los Estados Parte, en estricto.

Sin embargo, a pesar de la precisión alcanzada en la definición de los crímenes de competencia de la CPI, el Estatuto de Roma no prescribe una obligación expresa y directa con relación a la incorporación de tales figuras delictivas en los ordenamientos internos de sus Estados Partes². En su lugar, encontramos en el preámbulo de dicho Estatuto una referencia general al deber de los Estados de castigar tales

1 La sección I del presente trabajo fue elaborada por el Dr. Yván MONTOTOYA VIVANCO.

2 AMBOS. Kai. "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional". En: AMBOS. Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y en España. Montevideo: Konrad Adenauer/ Instituto Max Planck, 2003, p. 25. De igual apreciación LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional. Barcelona: Ariel, 2001, p. 263.

crímenes y, por lo tanto, de adoptar las medidas necesarias en el plano nacional para asegurar que tales conductas sean sometidas a la acción de la justicia³.

En nuestra opinión, dos serían los fundamentos que nos conducen a sostener que existe una obligación indirecta de los Estados Parte de adecuar la legislación penal interna a los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma.

En primer lugar, existe un conjunto de normas internacionales consuetudinarias y convencionales que determinan la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. También se evidencian normas consuetudinarias y, sobre todo convencionales, que establecen obligaciones de incorporar como delitos en el plano nacional prácticas individuales calificadas como crímenes internacionales.

A manera de ejemplo, en el primer caso, resulta relevante mencionar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en la cual, sobre la base de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconoció no sólo una “obligación negativa” de los Estados de respetar los derechos humanos proclamados en el Pacto de San José, sino además una “obligación positiva de los Estados para la prevención, individualización y sanción de los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos”⁴.

En el segundo caso, resulta relevante una serie de Instrumentos internacionales que prescriben la inclusión en los Estados Parte de normas penales especiales que sancionen determinados crímenes internacionales o prácticas individuales de estos crímenes⁵. Entre otros pueden mencionarse la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (artículo V), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (artículos 2 y 4.1, en adelante, CCT), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 6, en adelante CIPST), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IV, en adelante CIDFP) o el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 4, en adelante CERD)⁶.

En materia de crímenes de guerra, resultan más claros los deberes de penalización interna previstos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 con relación a las infracciones graves⁷ de los mismos en

3 Ibid. Cabe señalar que en el art. 70 inciso 4, literal a) del Estatuto se prescribe la obligación de los Estados Parte de ampliar en su legislación interna el alcance de sus delitos contra la administración de justicia a efectos de sancionar conductas contrarias a la Corte Penal Internacional, especialmente referidas a la falta de cooperación de los funcionarios de un Estado con relación a la Corte.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Fundamento 166. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido numerosas sentencias en donde ha deducido este deber de penalización de los estados de graves violaciones a los derechos humanos. Por citar solo algunos la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998 (caso Castillo Paez), la sentencia de 8 de marzo de 1998 (Caso Paniagua y Morales), la sentencia de 14 de marzo de 2001 (Caso Barrios Altos), entre otros.

5 Existen normas de derecho internacional que demandan la penalización de prácticas individuales de crímenes internacionales, esto es, sin la exigencia de que se produzcan necesariamente como parte de un ataque sistemático o reiterado. Así por ejemplo la práctica de la Tortura en la Convención contra la Tortura o el delito de desaparición forzada de personas en la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (en adelante, CIDFP). Estos casos es preferible denominarlos delitos contra los derechos humanos.

6 Detalladamente, AMBOS, Kai. El nuevo Derecho penal internacional. Lima: ARA Editores, 2004, pp. 57 y ss. Este autor concluye que existe un deber de penalización convencional en materia de Tortura (Artículos 2.1 y 4.2 de la CCT; y artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en adelante CIPST). Respecto de estas mismas prácticas y de las ejecuciones extrajudiciales el citado autor deduce también un deber de penalización a partir de los deberes de respetar y asegurar los derechos humanos recogidos en los Convenios Generales de Derechos Humanos (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante Convención Americana; y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP) y de la tutela judicial efectiva (artículo 25 de la Convención Americana y 2.3 del PIDCP).

7 AMBOS, Kai. El nuevo Derecho penal internacional. Op. Cit., pp. 88 - 89.

el contexto de conflictos armados internacionales. En efecto, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los respectivos Convenios establecen la obligación de los Estados Parte de “establecer cualquier legislación necesaria para proveer sanciones penales efectivas”. Sin embargo, en el marco de los Convenios referidos, por su propio ámbito de aplicación material, tal tipo de deberes no se regulan con relación a las violaciones del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) en contextos de un conflicto armado de índole no internacional.

Es así que, en sintonía con un proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional, todos estos crímenes han encontrado su más consensuada elaboración en el Estatuto de Roma que crea la CPI, aprobado por la Conferencia de Plenipotenciarios, en Roma, el 17 de julio de 1998⁸. Pues bien, como señala Ezequiel MALARINO⁹, con la ratificación de este instrumento internacional los Estados Parte no sólo confirman su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales (párrafo cuarto del Estatuto de Roma), sino que específicamente admiten que, en el caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar eventuales crímenes de competencia de dicha Corte que pudieran cometerse en su jurisdicción (art. 17 del Estatuto de Roma), sea esta última la autorizada a activar su jurisdicción sobre el particular.

Esto supone, como señala el referido profesor MALARINO, un grado de compromiso mayor que el ostentado en relación con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, dadas las consecuencias jurídicas que podrían derivarse a partir del no cumplimiento de la persecución y sanción de los crímenes contemplados en el Estatuto¹⁰.

Lo mencionado en el último párrafo nos lleva a abordar el segundo fundamento de la obligación indirecta de los Estados Parte de tipificar en su legislación penal interna a los crímenes definidos en el Estatuto de Roma. Se trata de las exigencias derivadas del principio de complementariedad (artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma). De acuerdo con este principio, los Estados Parte tienen jurisdicción preferente sobre la CPI en todo lo relacionado a la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, pero sin que puedan fundamentar en este instrumento internacional su competencia *ratione materiae*.

El Perú ha tipificado en su legislación penal interna algunas pocas conductas o prácticas individuales que podrían calzar con los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma. Así, se encuentran tipificados el delito de genocidio (art. 319 del Código Penal, en adelante CP) y, en relación con los denominados delitos de lesa humanidad, se encuentran tipificadas sólo prácticas individuales de desaparición forzada de personas (art. 320 del CP) y de tortura (art. 321 del CP). No se encuentran tipificados los crímenes de lesa humanidad de asesinato, de violación sexual, de detención arbitraria perpetrados en

8 El Estatuto de Roma fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa No 27517 y ratificada por Decreto Supremo No 34-2002-RE de 9 de octubre de 2001. El Estatuto entro en vigor luego de que sesenta países expresaran su ratificación al documento, esto es, el 1 de julio de 2002. Cabe advertir el carácter *sui generis* de este Estatuto. Se trata de una Convención Internacional que define crímenes internacionales pero sólo para establecer la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, órgano que se establece en dicho instrumento. Tampoco hay en el Estatuto norma que expresamente prescriba la obligación de los Estados Parte de incorporar los crímenes ahí contemplados en la legislación interna. Esta obligación ha sido deducida indirectamente del principio de complementariedad que se establece en el artículo 17. Sobre este aspecto ver LIROLA DELGADO, Isabel y MARTIN MARTINEZ, Magdalena. Op. Cit., pp. 8-9. Igualmente sobre la imposibilidad de fundamentar en el Estatuto la jurisdicción de los tribunales internos ver GOMEZ BENITEZ, José Manuel. “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español” En: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Director). El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial No 7. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 17-18.

9 MALARINO, Ezequiel. “Informe Nacional sobre Argentina” En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores). Op. Cit., p. 36.

10 En el mismo sentido SAN MARTIN CASTRO, Cesar. “Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. En: SALMÓN GARATE, Elizabeth (coordinadora). La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Lima: PUCP, 2001, p. 130.

el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, ni tampoco el crimen de lesa humanidad de apartheid.

En el ámbito de los crímenes guerra, el nuevo Código de Justicia Militar Policial, promulgado con fecha 11 de enero de 2006 (Decreto Legislativo N 961) tipificó un conjunto de crímenes de guerra bajo la denominación de Delitos contra el derecho internacional humanitario (Título II). Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006 declaró inconstitucionales varios de los citados tipos penales, entre ellos los relacionados con los delitos contra las personas protegidas por el DIH.

En este sentido, la ausencia de tipificación de varios crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra en nuestra legislación penal interna constituye una laguna de punición preocupante dado que ello claramente obstaculiza que nuestros tribunales internos pueden juzgar adecuadamente a eventuales responsables de este tipo de crímenes, tanto si estas conductas se cometieran en el Perú, como fuera de nuestro territorio¹¹.

Evidentemente, aunque sería posible el procesamiento de tales responsables utilizando las figuras de los delitos comunes tipificados en nuestro CP, como resulta obvio, éstos no contienen todo el desvalor del injusto que implican las definiciones de los crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma u otros instrumentos relevantes para el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) o para el DIH. Pero este no es el único problema que suponen las lagunas punitivas en nuestra legislación penal. Como señala GÓMEZ BENITEZ, esta laguna dificulta, además, la posibilidad de que el Perú pueda conceder la extradición de personas perseguidas en otros países por esta clase de crímenes, ello en razón de las exigencias del principio de doble incriminación.

Estas lagunas punitivas en la legislación penal interna no pueden ser suplidas por ningún instrumento internacional de derechos humanos ni de derecho internacional humanitario, dado que, a pesar de la obligación que se deriva de muchos de estos instrumentos de tipificar en el plano nacional los referidos crímenes internacionales, los mismos no serían autoaplicables en nuestro ordenamiento, al no contener definiciones precisas ni prever las penas correspondientes (principio de legalidad penal).

Pues bien, el principio de complementariedad presupone, como señala AMBOS, que el Estado debiera tener la capacidad y la voluntad de perseguir penalmente y de castigar a los responsables por los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma¹². Siguiendo su razonamiento, mientras la voluntad o disposición se refiere a una cuestión de política criminal, la capacidad se refiere a la necesidad de contar, entre otros aspectos, de una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, en el sentido de los artículos 5 al 8 del Estatuto de Roma.

En consecuencia, la tipificación en el ámbito interno de los crímenes de competencia de la CPI constituye una obligación implícita que se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en diversos convenios internacionales relevantes para el DIDH y el DIH, así como del principio de complementariedad recogido en el Estatuto de Roma.

11 GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. Op. Cit., pp. 16 y 17.

12 El artículo 17 inciso 1 literal a) del Estatuto de Roma prescribe que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él "salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo".

II. Contenido de la propuesta normativa 'delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

2.1 Disposiciones de derecho penal general¹³

2.1.1 Responsabilidad penal del individuo y responsabilidad internacional del Estado

Título I

Disposiciones generales.

Art. 7.- Responsabilidad del Estado.

Nada de lo dispuesto en la presente Ley respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará la responsabilidad en que incurriese el Estado de conformidad con el Derecho Internacional.

La prescripción contenida en esta propuesta nos obliga a efectuar la diferenciación entre dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad penal individual de los perpetradores de graves violaciones al DIDH y al DIH y la responsabilidad internacional del Estado por los hechos realizados por sus agentes.

2.1.1.1. La responsabilidad penal individual

Hasta principios del siglo XX era común en la doctrina de los internacionalistas la opinión de que sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional, negándose esta calidad a los individuos. Esta opinión se fundamentaba en que eran los Estados los que suscribían los tratados e instrumentos internacionales y, por lo tanto, eran ellos los que se encontraban obligados frente al derecho internacional. Así lo expresaba claramente VON LISTZ:

El Derecho Internacional reconoce derechos e impone deberes únicamente a los Estados, no a los ciudadanos de un Estado. El poder del Estado nacional se interpone entre los ciudadanos y la comunidad internacional¹⁴.

Sin embargo, aunque no se reconociera responsabilidad a los individuos por vulneraciones del derecho internacional, desde el siglo XIX se registra la aparición de ciertas definiciones de crímenes, de naturaleza consuetudinaria y posteriormente convencional, calificados como delitos contra el derecho de gentes cuya perpetración recaía directamente en los autores de los mismos¹⁵. Entre estos

¹³ La sección 2.1. del presente trabajo, con excepción de la sección 2.1.3, fue elaborada por el Dr. Yván MONTOYA VIVANCO.

¹⁴ NOVAK TALAVERA, Fabián, "Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: la posibilidad de juzgar individuos en el Derecho internacional". En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coordinadora). Op. Cit., p. 20.

¹⁵ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. Cit., p. 15.

delitos pueden citarse la *piratería marítima*, *actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves*, el *contrabando de guerra*, los *atentados contra personas internacionalmente protegidas*¹⁶, entre otros. A pesar de esta atribución implícita de responsabilidad individual, en estos casos la sanción se remitía siempre de manera expresa a los Estados.

Es por ello que un aspecto importante para el desarrollo y consolidación del principio de responsabilidad penal individual por violaciones graves al derecho internacional resulta ser la aparición de mecanismos jurisdiccionales, del ámbito internacional, destinados y diseñados para el juzgamiento y sanción penal efectiva de tales individuos responsables.

En esa perspectiva, la doctrina coincide en señalar que el antecedente más importante y próximo que revela la pretensión de hacer responsable internacionalmente a una persona natural lo constituye la acusación contra el Kayser Guillermo II, ex emperador de Alemania, por vulneraciones a las leyes y usos de la guerra, durante la Primera Guerra Mundial (*“actos contra la moral internacional y la sagrada autoridad de los tratados”*). A esta pretensión se acompaña la normativización de la responsabilidad penal individual por vulneraciones al derecho internacional, especialmente en disposiciones vinculadas al DIH. En efecto, se trata del artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, el cual disponía:

Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollen, ex emperador de Alemania, de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados.

Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado en el que se aseguran las garantías esenciales para su defensa. El tribunal estará integrado por cinco magistrados nombrados por los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón.

El Tribunal llegará a su decisión sobre la base de los más altos fundamentos de la política internacional, animado por el deseo de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y compromisos internacionales y de la moral internacional. Corresponderá al tribunal determinar la pena que, a su juicio, deberá aplicarse.

Entonces, a pesar del fracaso del Tratado de Versalles de juzgar a un individuo por vulneraciones graves al derecho internacional, este instrumento internacional, junto con otros tratados de naturaleza semejante¹⁷ que surgieron tras la finalización de la Primera Guerra Mundial, significó un gran avance en la tesis de afirmar la responsabilidad penal individual por graves violaciones a normas de derecho internacional y dejó allanado el camino para la consolidación de este principio posteriormente.

Efectivamente, en el proceso seguido contra los criminales de guerra nazis, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg señaló que *“la responsabilidad penal individual había sido reconocida hace tiempo”*, explicando que *“los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones de Derecho Internacional pueden hacerse valer”*. La afirmación de este Tribunal Militar Internacional resultó de suma importancia, no sólo porque provenía de un

¹⁶ Ibid. Se cita como antecedente aislado la Guerra de Secesión de los EEUU de Norteamérica (1861- 1865) contexto en el cual se pretendió juzgar al comandante Henri Wiz, Jefe del Campo de Prisioneros de Andersonville (Georgia) y del soldado rebelde Champ Ferguson, miembro de las guerrillas de la región de Tennessee, por las autoridades militares en Washington y Nashville, respectivamente, bajo la acusación de malos tratos y muerte a prisiones de guerra.

¹⁷ De acuerdo con LIROLA DELGADO, Isabel y MARTIN MARTINEZ, Magdalena (Op. Cit., p. 16.) una serie de Tratados de Paz consignaron cláusulas de entrega de personas acusadas de vulnerar leyes y costumbre de la guerra: Tratado de Saint Germani con Austria, de Neully con Bulgaria, de Trianon con Hungría y de Sevres con Turquía.

Tribunal Militar Internacional que aplicaba normas de derecho internacional, sino también porque suponía la respuesta a una de las tesis principales planteadas por la defensa de los criminales nazis que sostenían que los individuos no eran sujetos de derecho internacional y, por lo mismo, no podrían estar sometidos a Tribunales internacionales¹⁸. Dos son las razones que, entendemos, determinaron a este Tribunal a reconocer esta responsabilidad penal internacional del individuo:

- La capacidad de actuar en delitos: propia de los individuos más que de las sociedades abstractas (*societas delinquere non potest*)
- La finalidad preventiva general de las normas de derecho penal internacional: son los individuos los que pueden modificar su conducta y abstenerse de cometer tales ilícitos, ya sea por intimidación o por su fidelidad a los bienes protegidos por el derecho penal internacional.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en consecuencia, consolidó el principio según el cual los individuos o las personas naturales no sólo son titulares de derechos y obligaciones reconocidas internacionalmente sino que también tienen la capacidad de violar normas de derecho internacional y ser pasibles de responsabilidad penal individual por tales hechos internacionalmente ilícitos.

A partir de este suceso, como señala AMBOS¹⁹, este principio ha sido históricamente confirmado por diversa jurisprudencia, especialmente la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPEY) y el de Ruanda (en adelante TPR). Efectivamente, con relación a los conflictos armados de índole no internacional, la responsabilidad penal del individuo fue establecida de manera expresa por los citados tribunales tomando como base de referencia el contenido del artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como del Protocolo Adicional II de 1977²⁰.

Pero esta responsabilidad también ha sido reconocida por diversos instrumentos internacionales de DIDH y DIH, hasta llegar al Estatuto de la CPI. Estos instrumentos, además de confirmar la referida tesis, añadieron disposiciones relativas a la potestad de los órganos jurisdiccionales internos de juzgar y sancionar en primera oportunidad tales hechos²¹, sin descuidar la aspiración de la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente para tales crímenes, como ha sido el caso.

No corresponde en este acápite adelantar comentarios relacionados con los elementos constitutivos de esta responsabilidad (autoría/participación, responsabilidad del superior, responsabilidad por asociación, etc.), previendo analizar los mismos posteriormente. Corresponde, más bien, diferenciar esta responsabilidad individual de la responsabilidad internacional del Estado.

2.1.1.2. La responsabilidad internacional del Estado

Todo "*hecho de un Estado*" que vulnere obligaciones internacionales vigentes genera una responsabilidad internacional del referido Estado (artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001). A partir de esta definición se deriva la

18 NOVAK TALAVERA, Fabián. Op. Cit., p. 28.

19 AMBOS, Kai. Temas de Derecho penal internacional y europeo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 176.

20 LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. Cit., p. 20.

21 NOVAK TALAVERA, Fabián. Op. Cit., pp. 33-46. Refiere tres Convenios Internacionales en los que contempla esa disposición: La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1951- art. VI y VII); La Convención internacional sobre la Represión y Castigo del Apartheid (1973- art. III) y La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (art. 1 y 3).

exigencia de precisar dos conceptos fundamentales para una mejor comprensión de la responsabilidad internacional de un Estado: El hecho de un Estado y las obligaciones internacionales de un Estado.

Por hecho del Estado debe entenderse, en particular, el comportamiento de todo órgano del Estado (órgano perteneciente al Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial o cualquier otro poder) que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate haya actuado en esa calidad. A efectos de nuestro trabajo debe señalarse que hecho del Estado también lo constituye el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, si consta que esas personas actúan de hecho por cuenta de ese Estado o esas personas ejercían prerrogativas del poder público.

En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, estas se derivan de las normas provenientes de cualquiera de las fuentes del derecho internacional y consisten en comportamientos u omisiones que debe cumplir el Estado o sus órganos o agentes dentro de su territorio o fuera de él. Estas obligaciones internacionales se encuentran contenidas en tratados internacionales (relevantes para el DIDH y el DIH), en la costumbre internacional, en los principios generales de derecho internacional y muchas de ellas hoy pueden ser calificadas como normas de *ius cogens*.

De acuerdo con la doctrina internacional y el Proyecto antes referido, un hecho de un Estado que viole una obligación internacional, cualquiera fuere su fuente, constituye un hecho internacionalmente ilícito y origina la responsabilidad internacional del Estado.

Definidas así las obligaciones cuya violación supone la responsabilidad internacional del Estado, corresponde ahora establecer la relación entre esta responsabilidad de aquella responsabilidad penal internacional del individuo derivada de la comisión de crímenes de derecho internacional que implican graves violaciones a los derechos humanos.

Como hemos mencionado, los crímenes definidos en el Estatuto de Roma están constituidos por cuatro tipos de crímenes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. El contenido de estos crímenes, como señala BESNE MAÑERO²², podrían coincidir con algunos hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a un Estado: la violación de obligaciones internacionales esenciales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional o la violación grave y en gran escala de obligaciones internacionales de importancia esencial para la salvaguardia del humano (véanse los artículos 40 y 41 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001).

Sin embargo, a pesar de tratarse de vulneración del mismo tipo de obligaciones, en el caso del Estado no estamos ante la atribución de una responsabilidad penal o punitiva, sino ante una responsabilidad internacional del Estado que involucra, entre otros aspectos, una reparación. En cambio, en el caso del individuo sí nos encontramos ante una eventual responsabilidad penal individual de carácter punitiva dada la comisión de un crimen de derecho internacional. Como señala BESNE²³, siguiendo las reflexiones de la Comisión de Derecho Internacional:

Una vez más la comisión subrayó que la atribución al Estado de un hecho internacionalmente ilícito calificado de crimen internacional es algo muy distinto de la imputación de ciertos

22 MAÑERO BESNE, Rosario. El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 76.

23 Ibid.

individuos- órganos de actos relacionados con la perpetración de un crimen internacional del Estado y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado.

En el caso de graves vulneraciones al DIDH imputables a agentes estatales, en tanto actos perpetrados por individuos, se prevería responsabilidad penal internacional para los mismos, pero a la vez, habiéndose configurado un hecho internacionalmente ilícito, el Estado en cuestión, en cuanto tal, asumiría responsabilidad internacional, sin dejar de mencionar su obligación de sancionar penalmente en el ámbito interno a las personas responsables de tales violaciones²⁴.

De acuerdo con lo mencionado, el Estado seguirá siendo internacionalmente responsable, sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo a autores del crimen²⁵. En consecuencia, el Estado no puede invocar el principio del *non bis in idem* para eximirse de responsabilidad en estos casos, dado que no se cumple, al menos, con uno de los requisitos necesarios para que se configure dicho principio, esto es, la identidad del sujeto.

2.1.2. La regulación de la responsabilidad de superiores jerárquicos y órdenes superiores

Título I Disposiciones Generales

Art. 2.- Responsabilidad de los jefes y otros superiores

El jefe militar o policial, el superior civil o quien ejerza de hecho como tal, será reprimido con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometieren un delito descrito en la presente Ley, siempre que:

- a) Hubiere sabido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos; y*
- b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

La pena será disminuida por debajo del mínimo previsto para el delito cometido en aquellos supuestos en que, por razón de las circunstancias del momento, aquel hubiere debido saberlo y no hubiere adoptado las medidas previstas en el literal b).

24 REMOTTI CARBONELL, José Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: IDEMSA, 2004, pp. 53 y ss.

25 MAÑERO BESNE, Rosario. Op. Cit., p. 76.

2.1.2.1. Antecedentes

Sin perjuicio de algunos antecedentes remotos, la doctrina internacional nos remite al caso Yamashita como el antecedente más relevante en relación a la configuración actual de esta institución dogmática creada por el derecho internacional.

Se trata del caso del General del Ejército japonés Tomoyuki Yamashita quien ocupó el mando del Ejército japonés en Manila (Filipinas - 1944) durante la Segunda Guerra Mundial, habiéndose trasladado con sus tropas a las montañas de Baguio, donde asentó su comando de operaciones.

Frente a las tropas norteamericanas que alcanzaron la capital (Manila) en 1945, con el objetivo de tomarla, el ejército naval y terrestre japonés opuso resistencia. Durante el enfrentamiento, las fuerzas japonesas torturaron y asesinaron a miles de ciudadanos civiles, extendiéndose otras atrocidades en las ciudades de Batangas y Luzón.

El 25 de septiembre de 1945 Yamashita fue detenido, atribuyéndosele el cargo de omisión ilícita y falta de sus deberes como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos y de sus aliados en Filipinas.

La sentencia de diciembre de 1945 condenó a muerte a Yamashita por los cargos señalados, sin que se llegara a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido, sino por incumplir un control efectivo tal como lo requerían las circunstancias.

Esta doctrina, de acuerdo con AMBOS²⁶, fue retomada en tres procesos ante las Cortes Marciales de los Estados Unidos en Nüremberg (casos Pohl et al, caso de los Rehenes y caso del alto comando de la Wehrmacht) aunque ampliando su aplicación a los superiores civiles. El Tribunal Penal Militar para el Extremo Oriente (Japón) confirmó esta doctrina y la extendió incluso para personal gubernamental (civiles).

Los Estatutos²⁷ y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc (TPEY y TPR) también recogen esta doctrina, siendo la jurisprudencia de estos tribunales más fructífera al analizar los requisitos que deben exigirse para verificar una responsabilidad del superior o del mando.

La codificación internacional de esta institución se concretó en el ámbito del DIH, específicamente, en el artículo 86 (párrafo 2) del Protocolo Adicional I de 1977, aplicable a supuestos de conflicto armado internacional. Para los supuestos de conflicto armado de índole no Internacional, ni el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ni su Protocolo Adicional II de 1977 hacen mención expresa²⁸. Sin embargo, esta omisión es subsanada en el artículo 20 del Estatuto de la CPI que es la base del artículo que nos disponemos a comentar.

²⁶ AMBOS, Kai. El Nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 386.

²⁷ Art. 7.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y Art. 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

²⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Servicio de asesoramiento. Documento "Omisión y responsabilidad de superiores". <http://icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMR3>.

2.1.2.2. Concepto y naturaleza

La responsabilidad del superior constituye una extensión de las formas básicas de la responsabilidad penal individual (autoría directa, coautoría, autoría mediata, complicidad, instigación, inducción), las cuales resultarían insuficientes o inadecuadas para cubrir todas las modalidades que supone esta forma de intervención criminal.

Tal como se ha visto en los antecedentes, la responsabilidad del superior constituye aquella responsabilidad que se atribuye al superior (militar o civil) por la omisión de actos de control que impidan la comisión, por parte de sus subordinados, de crímenes de derecho internacional o su sanción si estos ya se produjeron.

Resulta importante en este punto distinguir la figura de responsabilidad del superior de otras figuras dogmáticas semejantes de atribución de responsabilidad, contempladas, de alguna manera, en la Parte General de nuestro CP de 1991 (artículo 23 “realiza por medio de otro”) y también en el propio Estatuto de Roma (artículo 25.3 a). Esta diferenciación no sólo permitirá resaltar las características especiales de esta figura, sino que evidenciará la necesidad de su regulación como figura autónoma con relación al crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión²⁹.

Con respecto a la autoría mediata por dominio de organización, teoría planteada por el profesor alemán Claus ROXIN, en el año 1963, con el propósito de atribuir responsabilidad al hombre de detrás que no ejecuta el hecho criminal, pero que controla el mismo a través del dominio de un aparato de poder organizado en el que sus integrantes (ejecutores) resultan sustituibles, las diferencias son fundamentalmente dos.

En *primer lugar*, la responsabilidad del superior o del mando constituye una responsabilidad por omisión propia, esto es, el superior no es sancionado directamente por los delitos cometidos por sus subordinados, sino esencialmente por no prevenir o no sancionar los hechos delictivos cometidos por éstos³⁰. En cambio, la autoría mediata por dominio de organización constituye o implica una responsabilidad por comisión. A diferencia de la responsabilidad del superior, que no comete los delitos de sus subordinados por omisión, en la autoría mediata por dominio de organización, el hombre de detrás sí comete el delito ejecutado por el hombre de adelante.

En *segundo lugar*, la responsabilidad del superior depende esencialmente de la capacidad efectiva de control del mando sobre sus subordinados considerados de manera individual, en cambio, la autoría mediata por dominio de organización implica esencialmente un control sobre el aparato de poder o sobre la organización más que sobre cada uno de sus miembros considerados de manera individual.

Con respecto a la responsabilidad por omisión impropia, esto es, comisión por omisión, un sector de la doctrina³¹ considera que los casos de responsabilidad del superior pueden ser asumidos por aquella modalidad omisiva ya regulada por la Parte General del Código Penal de 1991 (artículo 13 del CP).

29 El artículo 84 del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N° 961, publicado en el Diario Oficial ‘El Peruano’, el 11 de enero del 2006) ha adoptado la fórmula del artículo 2 que ahora comentamos, pero limitada a la responsabilidad atribuida a los jefes militares. No resulta aplicable entonces para aquellos superiores no militares pero que mantienen control efectivo sobre personal subordinado.

30 AMBOS, Kai (El Nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 414) sostiene que en la responsabilidad del superior, los delitos cometidos por los subordinados no son un elemento del tipo de lo injusto para imputar al mando, sino sólo un punto de referencia que evidencia el incumplimiento de sus responsabilidades (condición objetiva de punibilidad).

31 AMBOS cita como representativo de esta posición al profesor alemán KRESS.

Sin embargo, desde una perspectiva formal y material, consideramos que la aplicación de la omisión impropia a los casos previstos por el artículo 28 del Estatuto de Roma sólo es parcial. En su lugar, la doctrina coincide en señalar que el artículo 28 (y por lo tanto el artículo 2 de la propuesta normativa analizada) contiene una fórmula de omisión propia.

Desde una perspectiva formal, señala AMBOS³², el artículo 28 del Estatuto de Roma describiría con mucho detalle las exigencias de conducta del superior, de tal manera que el referido precepto no representaría el lado pasivo de un delito de comisión. En efecto, tal como se aprecia en la redacción del citado precepto, el superior es “únicamente responsable por la ausencia de supervisión y control propio de sus subordinados más no (al menos directamente) por los crímenes que ellos cometan”³³.

Materialmente, puede sostenerse que existen múltiples casos en los que la responsabilidad del superior no puede imputarse a título de comisión por omisión, esto, en razón de no verificarse algunos de los elementos que el artículo 13 del referido CP exige.

En efecto, GIL GIL³⁴ señala que la posición de garante en la que se fundaría la posición del superior jerárquico se encontraría en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I de 1977, la misma que no contiene una obligación general de evitar resultados lesivos sino que se refiere sólo a determinados resultados delictivos (crímenes de guerra en conflicto armado internacional) y producidos por sus subordinados. En otras palabras, no existirían obligaciones convencionales que exijan al superior impedir o castigar crímenes internacionales como el genocidio o contra la humanidad. Asimismo, pueden presentarse casos como los del personal gubernamental japonés, de ausencia de posición de garante, pero en los que corresponde la atribución de responsabilidad por superior.

De cualquier manera, así pudiera verificarse alguna fuente material o funcional de garante en estos casos (fuente de peligro o injerencia previa), es posible que no se verifique el segundo elemento de la imputación de comisión por omisión: la equivalencia nomológica de la omisión con una comisión³⁵. Señala la profesora GIL GIL que no todos los crímenes internacionales (en el caso de la propuesta normativa, no todos los delitos contra el DIDH y el DIH) son susceptibles de realizarse en comisión por omisión. Así, por ejemplo, esto ocurre con el delito de genocidio cuya estructura dogmática subjetiva (delito de resultado cortado) impide construir su comisión a partir de una omisión³⁶.

Además, debe señalarse que la propuesta que comentamos, tomada de la redacción del artículo 28 del Estatuto de Roma, regula un supuesto culposo no conciente de omisión (“*en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber que las fuerzas – subordinados- estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*”), lo que haría sumamente difícil la construcción de una comisión por omisión. Cabe mencionar que casi todos los delitos regulados en la propuesta normativa que analizamos son de estructura dolosa, por lo que el superior no podría ser imputado a título de comisión por omisión culposa³⁷.

Todas estas insuficiencias recomiendan la necesidad de incorporar una figura autónoma de la responsabilidad del superior aplicable a todos los crímenes de derecho internacional regulados en esta propuesta normativa. Somos de la opinión que, en el momento oportuno, será especialmente

32 AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005, p. 297.

33 De este modo, señala AMBOS, Kai (El nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 414) que el quebrantamiento de la norma por el superior tiene otra cualidad que la del autor de un delito de “omisión impropia”.

34 GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Madrid: Tecnos, 1999, p. 376.

35 Ibid.

36 Ibid. Loc. Cit., p. 374.

37 AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 300.

importante y pertinente debatir la posibilidad de extender esta figura a otros delitos contemplados en el CP. Sin embargo para tal efecto, es preciso tener en cuenta que en la Parte Especial del CP existen tipos penales que contemplan aspectos parciales de la amplia prohibición regulada en la propuesta que se plantea: por ejemplo, el Art. 407 sobre omisión de denuncia y el Art. 378 sobre omisión de la Policía de prevenir una situación de lesión para personas en peligro.

2.1.2.3. Requisitos para la atribución de responsabilidad

Adaptando los comentarios del profesor AMBOS³⁸ sobre el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma al texto del artículo 2 de la propuesta normativa, es posible sostener que existen dos tipos de requisitos para atribuir responsabilidad a jefes superiores por la omisión de control de sus subordinados que cometen crímenes de derecho internacional. En primer lugar, los requisitos objetivos (*actus reus*) compuesto por los siguientes elementos:

- Ser jefe militar o policial o superior civil que ejerce de hecho tal función. En el texto de la propuesta normativa la situación del superior militar y la del superior civil se encuentran totalmente equiparadas, a diferencia del artículo 28 del Estatuto que recoge una regulación diferenciada para el jefe militar y el jefe civil en los párrafos 1 y 2, respectivamente.
- Poseer mando o control efectivo sobre los subordinados que se encuentran bajo su dirección. El texto de la propuesta normativa suprime la expresión “autoridad” que se encuentra en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Consideramos que la expresión “control” es un concepto genérico que permite cubrir perfectamente los supuestos que se pretendía cubrir con la expresión “autoridad”, esto es, aquellos casos de superiores no militares que poseen control por la autoridad que ostentan.
- La realización, por parte de sus subordinados, de alguno o algunos de los “delitos base” tipificados en el Proyecto de Ley, en razón de la ausencia de control efectivo del superior: delito de genocidio, delitos contra el DIDH y delitos contra el DIH.
- Haber omitido adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance (posibles) para prevenir o reprimir la comisión de los delitos base o para poner tales delitos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. De acuerdo con AMBOS, la adopción de medidas de prevención, represión o información depende de las circunstancias concretas que rodean el caso. Si los subordinados ya han cometido los delitos, el superior sólo puede reprimir o poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes para su represión y, si los subordinados se preparan o se proponen a ejecutar alguno de los delitos tipificados en la propuesta normativa, entonces al superior le corresponde prevenir la realización o consumación de tales delitos.

Con respecto a los elementos subjetivos (*mens rea*), la propuesta normativa, a diferencia del texto del Estatuto de Roma, tipifica de manera diferenciada la responsabilidad dolosa del superior de la responsabilidad culposa³⁹. La Ley de introducción del Código Penal internacional de Alemania,

38 Ibid. Loc. Cit., p. 305.

39 El artículo 28 del Estatuto de Roma incluye en el mismo párrafo los supuestos “hubiere sabido” (dolo eventual al menos) y “hubiere debido saber” (imprudencia). De otra opinión es CARO CORIA, Dino Carlos (“La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coordinadora) Op. Cit., p. 153), quien sostiene que el supuesto “hubiere debido saber” contiene un supuesto de dolo eventual y discutiblemente algunos supuestos de imprudencia. Esta opinión

texto alemán de adecuación al Estatuto de Roma, sólo contempla el supuesto doloso, excluyendo de su regulación toda tipicidad culposa. La diferenciación planteada en la propuesta normativa peruana tiene el propósito de poder adecuar los marcos punitivos (mucho más atenuados en la forma culposa) con las exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad y culpabilidad del autor.

Cabe anotar que la propuesta normativa no incluye el supuesto de ceguera intencional previsto para el superior no militar, tal como lo hace el texto del Estatuto (Art. 28 último párrafo). A diferencia del mismo, la propuesta normativa equipara la situación del superior militar y el superior no militar, haciéndolos responsables, tanto por los supuestos de conocimiento efectivo, como por aquellos casos en los que, por las circunstancias del caso, el superior hubiere debido saber lo que realizaban sus subordinados.

2.1.3. La imprescriptibilidad de los delitos, prohibición de indulto, amnistía y derecho de gracia⁴⁰

Art. 4.- Imprescriptibilidad.

*La acción penal y la pena en los delitos descritos en la presente Ley no prescriben.
No son aplicables la amnistía, el indulto y el derecho de gracia.*

Sobre la base del artículo 29 del Estatuto de Roma (“*Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán*”) que describe la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Internacional Penal, nuestro legislador ha establecido propuestas de incorporación del carácter imprescriptible de los delitos tipificados en el marco de la propuesta normativa que concentra nuestra atención. Así, la Comisión Especial Revisora del Código Penal (Ley N° 27837) había establecido en su proyecto de Libro Tercero (Adecuación del Código Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), en el artículo V, que tanto la acción penal como la pena en los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra el DIH no prescriben. Este texto también fue acogido por el artículo 4 de la propuesta normativa que comentamos. De esta manera, la invocación de la imprescriptibilidad en los delitos contra el DIDH y el DIH resulta ser una excepción frente al resto de delitos del catálogo penal, la misma que impide, por un lado, computar un marco de tiempo, tomando en cuenta el límite máximo de la conminación penal (no se cuenta ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria) y, por otro lado, invocar el sobreseimiento de una investigación judicial o el juzgamiento del mismo, alcanzando con ello la condena, tanto como la ejecución de la pena. Es de señalar que hasta el momento el CP de 1991 no prevé expresamente la *imprescriptibilidad* de estos delitos⁴¹.

Un aspecto fundamental es determinar el momento en que opera la imprescriptibilidad de dichos delitos en base a los instrumentos internacionales. Si bien, actualmente el CP cuenta con un capítulo

no es compartida por AMBOS, quien sostiene que el criterio del “hubiere debido saber” representa más un criterio de imprudencia que uno de recklessness (dolo eventual en la concepción de CARO CORIA o culpa conciente en la concepción de Ambos). Esta misma idea la encontramos en GIL GIL, Alicia. (“Informe Nacional – España” En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (Editores) Op. Cit., p. 377.) cuando reconoce que en la adaptación de la legislación interna española al Estatuto de Roma, (“en el mismo precepto – Art. 28- se recogen los casos de imprudencia- hubiere debido saber- de evidente menor gravedad que los dolosos- hubiere sabido”). Véase también la posición de CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 168-171 y 209-210.

⁴⁰ La Sección 2.1.3. del presente trabajo ha sido desarrollada por el Dr. Felipe A. VILLAVICENCIO TERREROS.

⁴¹ Por el contrario, la regla general prevista en el Art. 80 se refiere a que “la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad”. De lege ferenda el Anteproyecto de ley de Código Penal - Parte General de 2004 sí declara en el Art. 82 in fine que “en los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura la acción penal es imprescriptible”.

para los Delitos contra la Humanidad (Título XIV-A, Libro segundo) que fuera incorporado por la Ley N° 26926 de 21 de febrero de 1998 (que contiene desde un inicio los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, para luego incorporarse los delitos de discriminación por Ley N° 27270 de 29 de mayo de 2000 y la manipulación genética por Ley N° 27636 de 16 de enero de 2002), es de observar que desde la vigencia del CP de 1991 se contaba sólo con dos figuras propias de delitos contra la humanidad: el *genocidio*, aunque era defectuosa su ubicación legislativa entre los delitos contra el cuerpo, la vida y la salud (Título I, Libro Segundo) pues se trata de figuras penales que afectan intereses individuales más no supraindividuales; y la *desaparición forzada*, inicialmente incorporada en el artículo 323 del CP ubicado en el Título XIV ("Delitos contra la Tranquilidad Pública"), en el Capítulo II ("Terrorismo"), siendo también defectuosa su ubicación por el distinto bien jurídico protegido en dicho ilícito penal respecto al de terrorismo.

Con anterioridad, la identificación de delitos contra el DIDH no contaba con figura propia, por lo que se procedía a realizar juicios de tipicidad en las figuras de delitos comunes como el asesinato, las lesiones graves y el secuestro agravado. Sin embargo, frente a estas rudimentarias expresiones de tipificación de los delitos contra el DIDH, el Estado peruano ya había suscrito y ratificado instrumentos internacionales relacionados a ilícitos internacionales. Así, por ejemplo, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (ratificada el 24 de febrero de 1960 y vigente desde el 24 de mayo del mismo año, en adelante CCG) o la CCT (ratificada en 14 de julio de 1988 y vigente desde el 7 de julio del mismo año). Sin embargo, el Estado Peruano no se había adherido a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁴² de fecha 26 de noviembre de 1968, por lo que la aceptación del efecto de la imprescriptibilidad en estos delitos se daría con la ratificación del Estatuto de Roma de fecha 9 de octubre de 2001.

Dada la reconocida gravedad de estos delitos y desde un punto de vista preventivo general, creemos que el efecto comunicativo previsto está a informar claramente sobre la imposibilidad de la impunidad en ilícitos que suponen graves afectaciones a los derechos humanos, de manera que se busca alcanzar la internalización de los valores comprometidos en las figuras penales internacionales y que las actuaciones institucionales y personales se ajusten a las expectativas que fundamentan a dichas normas.

A la interrogante si la imprescriptibilidad corre a partir de la adhesión o la vigencia de los tratados en la legislación nacional, la doctrina internacional es constante en establecer que la imprescriptibilidad no debe contar con límite alguno en atención a los intereses en juego y la evitación de la impunidad⁴³. Sin embargo, esto deja abierta la posibilidad de aplicar el principio de la imprescriptibilidad desde antes de la incorporación legal de esta excepción a conductas sancionadas por injustos internacionales, que incluso carecían de fórmulas delictivas propias de naturaleza específica⁴⁴. Sobre ello, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no establece límite temporal de invocación de la imprescriptibilidad, así deja abierta la posibilidad que los delitos cometidos en cualquier momento, antes o después de la vigencia de esta Convención no prescriban⁴⁵.

⁴² Remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú al Congreso para su admisión y ratificación a través de la Resolución Suprema N 337-2002-RE de 29 de octubre de 2002. El Congreso de la República aprobó la ratificación mediante la Resolución Legislativa N 27998, publicada el 12 de junio de 2003.

⁴³ MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen ("El principio de imprescriptibilidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" en SALMÓN, Elizabeth (coordinadora). Op. Cit., p. 196) precisa que "el Art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es declarativo de una norma consuetudinaria de Derecho internacional general en cuanto a la imprescriptibilidad como un elemento que configura la propia naturaleza de los crímenes más graves de derecho Internacional".

⁴⁴ "La persecución y el castigo de los crímenes de lesa humanidad se encuentran a la base de todo el derecho internacional: consuetudinario y convencional. De allí que puede afirmarse, ciertamente, que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad no nace con la Convención de 1968, sino que ésta sólo consagra formalmente tal principio general del derecho internacional consuetudinario" (GAMARRA HERRERA, Ronald. "Imprescriptibilidad de las violaciones de los derechos humanos". En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Para hacer justicia. Serie 2. Lima: 2005, p. 44).

⁴⁵ La imprescriptibilidad a que se refiere la Convención abarca a la de la acción penal y de la pena. "Además, tiene efectos

También existe la duda si estas reglas de imprescriptibilidad pueden ser aplicadas de manera retroactiva⁴⁶ en la medida que las reglas penales señalan que la retroactividad de la ley penal solo es posible si es favorable al procesado⁴⁷. Sin embargo, tratándose de delitos que por su propia naturaleza son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos, la contradicción entre imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal es aparente. En efecto, conforme señala ANDREU-GUZMÁN:

Esta supuesta contradicción no existiría con mayor razón, si las conductas que se pretenden perseguir judicialmente, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas, ya eran delitos en el derecho nacional (ya fuere a través de los tipos penales de homicidio, lesiones personales y secuestro o a través de los tipos penales de tortura y desaparición forzada) y en el derecho internacional. Y aun menos existiría tal contradicción si estas conductas criminales fueron cometidas dentro de una práctica a gran escala o sistemática, o sea, si eran constitutivas de crímenes de lesa humanidad⁴⁸.

La argumentación también puede apoyarse en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que establece claramente que *“las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de una situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”*. Así, si el propósito del DIH y el DIDH es la protección de los derechos humanos y evitar la impunidad de los autores de estos graves, la vigencia de la imprescriptibilidad es señalada a partir de la incorporación del Estatuto de Roma en la legislación interna, pero también, siendo un principio reconocido como inherente a estos injustos será posible de ser aplicado a hechos cometidos con anterioridad. Por lo tanto, cabe invocar la imprescriptibilidad de delitos como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada⁴⁹, aún cuando fueran cometidos antes de la incorporación a la legislación interna de la citada imprescriptibilidad.

En términos jurisprudenciales, se registran diferentes decisiones que abonan a favor de la tesis de la imprescriptibilidad. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) en el caso *Barrios Altos* (sentencia de 14 de marzo 2001), caso *La Cantuta* (sentencia de 29 de noviembre de 2006, fundamentos 225 y 226). El Tribunal Constitucional ha admitido este principio en el caso *Villegas Namuche* (expediente 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18 de marzo de 2004) y en el expediente 0023-2003-AI/TC, sentencia de 9 junio de 2004 (fundamento 92) relativo a la justicia militar. La jurisprudencia de la Sala Penal Nacional a través del Auto de fecha 25 de noviembre

retroactivos en la medida que tiende a abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma” (MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen. Op., cit., pp. 186-187).

46 “Una violación de la prohibición de retroactividad es negada unánimemente, porque esta no habría de entenderse de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho...Por ello, es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Por lo general, esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión –guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra– ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional” (AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Op. Cit. p. 85.)

47 Para CARO CORIA, Dino Carlos (“Perú”, p. 479, cita 105. En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores). Op. Cit.) “la prescripción –tanto de la acción penal como de la pena– es una institución de derecho penal material, lo que determina en primer lugar que la aplicación de la normatividad respectiva dependerá del momento de comisión del delito, debiendo en todo caso observarse como principio rector del derecho penal únicamente la retroactividad benigna”.

48 ANDREU-GUZMÁN, Federico. “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Retos de la Judicialización. Serie N1, 2ª ed. Lima, 2005, p. 157.

49 Para PEDRAZA, Wilfredo (“La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos”. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Lima: IDEHPUCP, 2007, p. 150) el principio de irretroactividad se constituye como una “habilitación cerrada” limitada a los delitos contra la humanidad.

2005 revoco la resolución apelada que había declarado fundada la excepción de prescripción a favor de uno de los procesados en el caso *Accomarca*⁵⁰ y siguió esta línea jurisprudencial en el Auto de fecha 6 de junio 2006 en el caso *Cayara*.

Aunque el artículo 29 del Estatuto de Roma no establezca excepciones a la concesión de *amnistía*, *indulto* y el *derecho de gracia*, resulta innovador su señalamiento en el artículo 4 de la propuesta legislativa⁵¹. Se puede inferir que la razón de su incorporación se deriva de los diferentes fallos sobre el tema expedidos por la Corte Interamericana que impiden la invocación de concesiones de impunidad por parte del Estado frente a ilícitos que corresponden a graves violaciones de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en la sentencia del 14 de mayo de 2001 en el caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana precisó que:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵².

En otro lugar de la misma sentencia, la Corte Interamericana señaló lo siguiente respecto de las leyes de amnistía:

Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁵³.

Seguidamente, la Corte Interamericana realizó la siguiente afirmación:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú⁵⁴.

El sentido de esta prohibición se ubica en el propósito de evitar la impunidad por la comisión de estos graves delitos, pero además se resalta la imposibilidad que el Estado como ente protector de derechos

50 "La Sala consideró que los asesinatos de los pobladores del paraje de Llocclapampa del distrito de Accomarca constituyen ejecuciones extrajudiciales, las cuales configuran crímenes de lesa humanidad. Además, se sostiene que el hecho de que la calificación penal de la imputación haya sido por el delito de asesinato, en modo alguno elimina la naturaleza de grave violación de los derechos humanos ni impide la aplicación de las consecuencias jurídicas que corresponde a crímenes de esa índole. Nuevamente, la piedra angular de la decisión judicial fue la sentencia del caso *Barrios Altos* a la que debe agregarse la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Genaro Villegas Namuche* –párrafo 5–" (TALAVERA, Pablo: "La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos" En: MACEDO, Francisco (coordinador), Op. Cit., p. 226).

51 También en este sentido la Ley de Reforma constitucional de julio de 2002 (art. 2 num. 27). Sobre la orientación de lege ferenda de este tema en el Perú, vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Perú". En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores). Op. Cit., p. 481.

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos v. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Párrafo 41.

53 Ibid. Loc. Cit., párrafo 43.

54 Ibid. Loc. Cit., párrafo 44.

humanos se incline a favor de la posibilidad de abandonar dicha obligación internacional y se preste a admitir la impunidad mediante la concesión de amnistía⁵⁵, indulto o derecho de gracia. Así, conforme lo señala PERDOMO:

Puede ocurrir que exista una complicidad del régimen o de los órganos encargados de administrar justicia en un país con los autores de los delitos que atentan contra los derechos humanos. También se puede dar el caso de que esta falta de persecución penal sea una herramienta del Estado mismo para poner fin a un proceso de divisiones políticas internas de manera que se gesticule una reconstrucción social⁵⁶.

En este sentido, no es posible privilegiar cuestiones políticas internas frente a los compromisos y roles internacionales especialmente vinculados a la protección de los derechos humanos. La razón de la amnistía e indulto es la protección de la persecución penal frente a violaciones de derecho, ya sea extinguiendo la acción penal para el primer caso o la pena para el segundo caso⁵⁷. Más aun, conforme lo señala la Defensoría del Pueblo:

...en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho, la validez de las leyes que conceden amnistías, depende que sean utilizadas solo ante supuestos excepcionales, en los que por razones de justicia se requiera corregir la aplicación de una norma penal, respetando los derechos fundamentales, y de acuerdo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Una ley de amnistía que no cumpla con estos parámetros, resulta una norma inválida por inconstitucional⁵⁸.

Si bien la decisión política de conceder amnistías es potestativa, ella no puede invocarse en cuestiones vinculadas con graves violaciones de derechos humanos.

Los Estados integrantes de la comunidad internacional deben sancionar las graves violaciones de derechos humanos, por lo que no es admisible renunciar a este deber internacional mediante concesión de amnistía⁵⁹, indulto o derecho de gracia. Incluso, *"la amnistía considerada como la intención de evadir el deber de garantía del Estado, constituiría un indicio de responsabilidad estatal así como de los agentes involucrados en los casos de violaciones de los derechos humanos favorecidos con dicha medida"*⁶⁰. Es de señalar que el Estatuto de Roma no hace mención expresa de esta prohibición de concesiones de impunidad por parte del Estado. Sin embargo, este deber del Estado ha quedado establecido en la Sentencia de 29 de julio de 1988 por la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez* al declarar en sus fundamentos 174 al 176 que:

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

55 Vid. ABAD YUPANQUI, Samuel: "Autoamnistia vs. Derechos Humanos", p. 121 y ss. En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Para hacer justicia. 2ª ed. Serie No 1, Lima: 2005. "La cosa juzgada no puede constituir un mecanismo formal para mantener la impunidad de los delitos de violación de los derechos humanos" (ALVAREZ YRALA, Edwar: "Cosa Juzgada". En: COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Para hacer justicia. 2ª ed. Serie No 2. Lima: 2005, p. 58).

56 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Justicia Penal Internacional. Lima: Grijley, 2006, pp. 64-65.

57 Ibid. Loc. Cit., p. 65.

58 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Amnistía vs. Derechos Humanos. Informe Defensorial No 57. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 73.

59 Sobre autoamnistia y amnistía conciliadora vide DENCKER, Friedrich: Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional. En: BAIGÚN, David. Estudios sobre Justicia penal. Libro Homenaje al profesor Julio B.J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 636.

60 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ejecuciones Extrajudiciales, Casos investigados por la Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N 77. Lima: Defensoría del Pueblo, 2003, p. 52.

175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. (...).

176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En el mismo sentido se expresa la Corte en la sentencia en el caso *Almonacid vs. Chile*:

Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía⁶¹.

En similar forma se pronunció la Corte en el caso *la Cantuta vs. Perú*:

“En similar sentido, recientemente la Corte reiteró el carácter contrario a la Convención de la adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía específicamente por crímenes de lesa humanidad. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el Tribunal señaló que [...] los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”⁶².

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso *Villegas Namuche* (exp. 2488-2002-HC/TC de 18 de marzo de 2004) en sus fundamentos 13 y 23 se ha referido al *derecho a la verdad* y a la *imprescriptibilidad*, respectivamente:

13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

23. Asimismo, corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 114.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *la Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 168.

del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

También, la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (fundamento 10) del Tribunal Constitucional, Exp. 2798-2004 en el *caso Vera Navarrete* ha precisado que:

La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.

En ambas sentencias, el Tribunal Constitucional ha desarrollado importantes fundamentos para este tema. En efecto, en el *caso Villegas* el tribunal señala que existen obligaciones internacionales y constitucionales que obligan al Estado peruano a impedir la impunidad en graves violaciones a los derechos humanos y esta obligación la extrae del derecho a la verdad y la tutela judicial efectiva, como instituciones propias del derecho Internacional. En el *caso Vera Navarrete* se fundamenta a que el Estado peruano no puede promover la exención de responsabilidad a través de impedimentos procesales.

Estos derechos invocados han sido desarrollados en el derecho internacional por lo que “*la prohibición de prescripción, amnistía, cosa juzgada y otros obstáculos sustanciales y procesales en delitos que suponen graves violaciones a los derechos humanos, constituye un principio o regla de carácter autoaplicativo en el ordenamiento jurídico interno, al menos desde la entrada en vigencia de la Convención Americana*”⁶³. Esta argumentación tiene como efecto que siendo autoaplicativas estas reglas contenidas en normas internacionales y constitucionales, el debate sobre la retroactividad carecería de sentido.

En este sentido, siendo rol del Estado la tutela de los derechos humanos, su actuación no podrá sobrepasar (o ignorar) las expectativas previstas en los tratados y fallos de la jurisdicción internacional. Conforme señala Yván MONTTOYA:

Lo determinante es el alcance del deber de los Estados para punir atentados contra los derechos humanos en su territorio, pues la renuncia a dicha punición a través de un proceso de amnistía implicaría el desconocimiento de las obligaciones que se han asumido frente a la comunidad internacional a través del tiempo”⁶⁴.

La mención expresa de la legislación interna que permita la concesión política de amnistías, indultos o derecho de gracia constituyen actuaciones fuera del rol como ente internacional, defraudando comunicativamente el fin de tutelar de los derechos humanos. Este compromiso internacional impide las intervenciones o decisiones políticas en temas jurisdiccionales en el ámbito interno, lo que legitima su prohibición.

63 MONTTOYA, Yván. “El derecho internacional y los delitos”. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Op. Cit., pp. 54-55. En relación al conflicto entre el principio de imprescriptibilidad y las reglas de prescripción del Código penal (vid. Res. De 9 mayo 2005, Sala Anticorrupción A de la Corte Superior de Lima –Caso Colina-), este autor opina que la aplicación del principio de imprescriptibilidad “se decide en razón de un juicio breve de ponderación por el que se considera prevalente el valor justicia presente en los derechos humanos vulnerados frente al valor seguridad jurídica presente en las normas sobre prescripción” (Ibid. Loc. Cit., p. 54).

64 Ibid. Loc. Cit., p. 67.

Tema diferente es la posibilidad de la concesión de impunidad de las mismas autoridades por actos propios de su función. Este es el caso de las garantías de la inviolabilidad penal de congresistas por votos u opiniones, o de la inmunidad presidencial en la persecución penal. Si bien el artículo 93 de la Constitución establece que “*los congresistas no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones*”, y el artículo 117 señala que “*el Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral*”, no es posible negar la posibilidad de que dichos altos funcionarios se amparen en estos privilegios para cometer infracciones penales internacionales, por ejemplo, actos de instigación al genocidio en plena intervención congresal en el Parlamento o en la emisión de votos a favor de leyes que fomenten a la práctica del genocidio. De *lege ferenda*, los proyectos de adecuación del Estatuto de Roma a la legislación interna deberían atender dicha situación a fin de evitar la impunidad.

Recientemente (y no sólo por la declaración de irretroactividad y la preeminencia de la retroactividad frente al interés del tratado, la prohibición de la amnistía, indulto o derecho de gracia) se estaría calificando a todo el sistema penal internacional de protección de derechos humanos con la expresión del *derecho penal del enemigo* (Freindstrafrecht) en el sentido que esta normatividad no supone frente al infractor una comunicación de garantías y sanciones, sino de combate sin garantías.

En este sentido, Gunther JAKOBS ha entendido que la punición internacional –como el Estatuto de Roma– o nacional de vulneración de los derechos humanos muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo, pero sin ser por ello ilegítima⁶⁵. Por supuesto que esta constatación no está desconectada del actual momento global y tendría una relación con la guerra emprendida a nivel mundial contra el terrorismo cuyos resultados han originado entre otros efectos el de desprestigiar a los organismos internacionales y ensombrecer al importante proceso realizado después de la última gran guerra para establecer una justicia penal internacional⁶⁶.

En esta línea, PERDOMO TORRES entiende lo siguiente:

El derecho penal de la globalización e integración supranacional, por tanto también el derecho penal internacional, es menos garantista, flexibiliza las reglas de imputación y relativiza las garantías político criminales, sustantivas y procesales; es lo que modernamente en derecho penal se conoce como derecho penal del enemigo⁶⁷.

Por su parte, Daniel R. PASTOR ha referido lo siguiente:

El sistema penal internacional con su noción de lucha universal, de guerra total, de combate sin cuartel y sin límites de fronteras contra la impunidad hace del sospechoso, inevitablemente, un enemigo, no sólo porque el discurso penal internacional es formulado en esos términos bélicos, sino también porque su nefasta desatención de los principios de la cultura penalista demuestra

65 JAKOBS, Gunther. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, pp. 51 y 56. En: JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

66 ZAFFARONI señala que “en el plano internacional se ha pretendido emprender una guerra preventiva contra el terrorismo, tomando prestado el término del derecho penal. El catastrófico resultado de esta intervención, el caso omiso a los más altos organismos internacionales, la falsedad de los motivos determinantes y la pretensión de un simulacro de proceso culminado en ejecuciones arbitrarias, han tenido el penoso efecto de desprestigiar a las organizaciones internacionales y echar sombras sobre los largos y costosos esfuerzos realizados desde la última posguerra para establecer una justicia penal internacional”. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y crimen organizado* <http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/portal>, p. 8. Citado el 18 febrero 2008.

67 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Op. Cit., p. 49.

que a los imputados se les brinda un trato diferencial y excepcional respecto del trato jurídico-penal con ciudadanos⁶⁸.

En una línea diferente se ubica Kai AMBOS quien al referirse a los cambios en la nueva posición de JAKOBS sobre el tema (que la califica de ambigua) considera que esta es *"completamente inaceptable desde el punto de vista internacional, porque no tiene en cuenta -...-el consenso mínimo de los derechos humanos sobre el que se basa el ordenamiento del derecho penal internacional"*⁶⁹.

Es difícil explicar cómo un ente internacional protector de derechos humanos puede tener la potestad contradictoria de excluir importantes garantías y principios penales al infractor. Si bien al derecho penal internacional no se le atribuye absolutamente la fisonomía de un derecho penal del enemigo, sin embargo, en base a la identificación de ciertos rasgos (entendemos estarían representados por la imprescriptibilidad o en la prohibición de concesiones políticas de impunidad), no se podría deslegitimar a la Corte Penal Internacional. No es posible afirmar que un sistema responda en todos sus contornos a un modelo de derecho penal del enemigo por relativizar algunas garantías y no todas.

Como señala Silva SÁNCHEZ, *"se trata de una cierta reducción -mayor o menor- del status civitatis, pero no una exclusión del status personae (...). La enemistad no es, pues absoluta"*^{70 71}. Así, esta reducción de garantías no es completa, cabe apreciar otras garantías en el infractor penal como el principio de legalidad⁷², por lo que resulta apresurado dar a la justicia penal internacional una identidad global de derecho penal del enemigo. Claro está que la reacción internacional (y la interna) ante las graves violaciones de derechos humanos no debe exceder el margen que existe y que ha sido reconocido por el derecho internacional (*jus cogens internacional*).

68 PASTOR, Daniel. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional". En: YACOBUCCHI, Guillermo. (Director). Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Gunther JAKOBS. Lima: Ara editores, 2005, p. 825. Vid. PASTOR, Daniel. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional". En: CANCIO MELIA, Manuel y GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores). Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2. Buenos Aires: Edifosor S.L./Euros Edt./B de F Ltda., 2006, pp. 475 y ss. Para ZIFFER, Patricia ("El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad" en: BAIGÚN, David. Op. Cit., p. 762): "El sacrificio de este principio solo puede entrar en consideración en situaciones excepcionales, y frente a las cuales la imprescriptibilidad aparece como el único recurso para la persecución de delito de gravedad extrema cometidos por regímenes políticos en forma masiva y sistemática. Su extensión a toda violación a los derechos humanos, -como parece sugerirlo la jurisprudencia de la Corte Interamericana- constituye un error que, a largo plazo, destruye el sentido mismo de aquello que se pretende proteger. Aun cuando se trate de crímenes atroces y aberrantes la persecución penal no puede ser ejercida ilimitadamente y de cualquier manera".

69 AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 59. Este autor dificulta su base constitucional actualmente centrada en la dignidad humana y le preocupa que esta definición pueda conceder a futuros regímenes injustos una legitimación teórica, especialmente, por una propagación masiva en el ámbito latinoamericano (Ibid. Loc. Cit., p. 57).

70 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Los indeseados como enemigo: la exclusión de los seres humanos del status personae" En: CANCIO MELIA, Manuel y GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores). Op. Cit., p. 987.

71 Así, "cuando se le trate como ciudadano, aun cuando el infractor se comporte como enemigo, el Estado aplicará el derecho penal del ciudadano" (MEINI, Iván. "Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos". En: MACEDO, Francisco (coordinador). Op. Cit., pp. 156-157). Señala que "el ejemplo que de manera más clara grafica lo indicado es la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal Nacional en el proceso seguido contra la cúpula del grupo terrorista Sendero Luminoso" (Ibid. Loc. Cit., p. 157). Además, este autor desarrolla la idea a partir de dos hipótesis: procesamiento y condena por tribunales internacionales en los que el mismo ordenamiento jurídico permite las violaciones de derechos humanos y, crímenes contra los derechos humanos en contexto en que si existe orden jurídico que prohíbe estas violaciones, ejemplo: conflictos armados internos. Así concluye que "tanto cuando el infractor de la norma se autoexcluye del ordenamiento jurídico -el sujeto se comporta como enemigo- como en los casos en los que el sujeto esta siempre fuera del ordenamiento jurídico, se les considera enemigos. Con independencia de que el infractor de la norma penal sea un ciudadano o un enemigo, el principio conforme al cual el Estado posibilita y garantiza la libertad de la persona impide tratar al infractor como enemigo; sea ciudadano enemigo" (Ibid. Loc. Cit., p. 163).

72 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Op. Cit., p. 50.

2.1.4. La regulación de la jurisdicción universal

Art. 5.- Jurisdicción Universal.

Con respecto a los delitos contemplados en la presente ley, la legislación peruana rige incluso cuando los mismos hayan sido cometidos en el extranjero o no tengan vinculación con el territorio nacional.

Tradicionalmente, el derecho penal, en lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial, se rige por el principio de territorialidad (art. 1 del CP), esto es, aquel principio según el cual la ley penal tiene validez estrictamente para hechos ilícitos cometidos dentro del territorio de la República⁷³, entendiéndose por tal el suelo, subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que lo cubre. A esta regla se reconocieron progresivamente algunas excepciones (extraterritorialidad de la ley penal). Éstas se expresan en algunos principios de extensión de la aplicación de la ley penal:

- Principio de personalidad activa, según el cual la ley penal peruana se aplica a los nacionales peruanos aunque hayan realizado el hecho delictivo fuera del territorio nacional.
- Principio de personalidad pasiva, según el cual la ley penal peruana se aplica al extranjero que comete delito contra un nacional peruano.
- Principio real o de protección de intereses, de acuerdo con el cual la ley penal peruana se aplica a toda conducta (sin importar la nacionalidad del agente ni el lugar de comisión del delito) que afecte los intereses o bienes jurídicos del propio Estado.

Pues bien, una excepción adicional al principio de territorialidad lo constituye el principio de jurisdicción universal. De acuerdo con este principio, se reconoce a los tribunales de un Estado la potestad y en algunos casos la obligación de sancionar delitos graves comprendidos en el derecho internacional, independientemente del lugar donde estos se hayan cometido (esto es fuera del territorio del Estado) o de la nacionalidad de los presuntos perpetradores o víctimas (no nacionales) e independientemente de si los delitos hayan lesionado o amenazado intereses concretos vinculados al referido Estado⁷⁴.

Este principio, denominado también principio de universalidad, responde a la necesidad de proteger intereses que afectan a la comunidad internacional, esto es, que trascienden las fronteras de un Estado. Es por ello que a todos y cada uno de los Estados les corresponde, en principio, su persecución y eventualmente su sanción⁷⁵.

El Perú reconoce de manera limitada el principio de jurisdicción universal cuando en el artículo 2 inciso 5 dispone que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando *“el Perú esta obligado a reprimir conforme a tratados internacionales”*. De acuerdo con este criterio, sólo las

⁷³ Señala VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (Derecho Penal. Parte General, Lima: Grijley, p. 186) que la formulación básica de este principio nos lleva a determinar que un hecho delictivo se halla regida por la ley del lugar donde se haya cometido: *locus regit actum*.

⁷⁴ AMNISTIA INTERNACIONAL. La Jurisdicción Universal: Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal, mayo 1999.

⁷⁵ ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. “Reflexiones sobre el Caso Pinochet: ¿tienen competencia los tribunales españoles?”. En: Actualidad Penal. No 3. 2000, p. 629.

fuentes convencionales facultan al Estado a la persecución de determinados delitos graves cometidos en el extranjero, independientemente de la nacionalidad del agente o de la víctima o de su vinculación con intereses propiamente nacionales.

Matilde DE RIEDMATTEN señala los convenios internacionales que prescriben a los Estados la obligación de persecución universal de determinados delitos:

- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura, Tratos Crueles, Penas Inhumanas o Degradantes (1988);
- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, aplicables a los conflictos armados internacionales;
- La Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (1948).

Cabe añadir que, en el ámbito latinoamericano, la CIDFP (artículo IV) reconoce la potestad de los Estados de aplicar el criterio de jurisdicción universal para aplicar la legislación penal interna a personas que se encuentren en nuestro territorio y se les atribuya la comisión de este tipo de conductas delictivas.

De acuerdo con este planteamiento, los tribunales peruanos no estarían facultados para aplicar jurisdicción universal, por ejemplo, en los supuestos de crímenes de guerra realizados en contextos de un conflicto armado de índole no internacional o en el caso de delitos de lesa humanidad, tales como la ejecución extrajudicial o las detenciones arbitrarias realizadas como parte de un ataque generalizado o sistemático, entre otros.

Pero no solamente esta deficiencia normativa justifica la ampliación de la jurisdicción universal para todos los casos de graves violaciones del DIDH y del DIH. Esta ampliación también viene recomendada por el hecho de superar las lagunas punitivas que aún subsisten en el plano nacional de los Estados y, que en cierta medida, hacen necesario el establecimiento de una Corte Penal Internacional. De otro lado, debe también tomarse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto de Roma, la jurisdicción de la CPI se limita a los delitos cometidos dentro del territorio de un Estado parte y a los delitos cometidos por los nacionales de un Estado parte⁷⁶.

En consecuencia, como señala Amnistía Internacional, los Estados partes del Estatuto de Roma, además de promulgar leyes de cooperación judicial con la Corte y de tipificar internamente los delitos contemplados en el Estatuto de Roma, han de asegurarse que sus tribunales nacionales ejerzan jurisdicción universal sobre los crímenes de derecho internacional más graves⁷⁷. Tal como se verá posteriormente, la propuesta normativa peruana no sólo se refiere a las graves violaciones del DIDH perpetradas como parte de un ataque sistemático, sino también a tales prácticas aisladamente consideradas. Igualmente, la propuesta normativa extiende la aplicación de la jurisdicción universal a aquellos delitos cometidos en contextos de un conflicto armado de índole no internacional.

⁷⁶ Excepcionalmente el Consejo de Seguridad de las NNUU tiene la discrecionalidad de someter un delito no cometido en un Estado Parte a la competencia de la Corte Penal Internacional.

⁷⁷ De hecho, siguiendo a REMIRO BROTONS, el Estatuto de Roma se cuida de puntualizar (Art. 10) que ninguna de sus reglas sobre jurisdicción, admisibilidad y Derecho aplicable será interpretada como limitativa o perjudicial en alguna forma de normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional para fines distintos a los del Estatuto.

fuentes convencionales facultan al Estado a la persecución de determinados delitos graves cometidos en el extranjero, independientemente de la nacionalidad del agente o de la víctima o de su vinculación con intereses propiamente nacionales.

Matilde DE RIEDMATTEN señala los convenios internacionales que prescriben a los Estados la obligación de persecución universal de determinados delitos:

- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura, Tratos Crueles, Penas Inhumanas o Degradantes (1988);
- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, aplicables a los conflictos armados internacionales;
- La Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (1948).

Cabe añadir que, en el ámbito latinoamericano, la CIDFP (artículo IV) reconoce la potestad de los Estados de aplicar el criterio de jurisdicción universal para aplicar la legislación penal interna a personas que se encuentren en nuestro territorio y se les atribuya la comisión de este tipo de conductas delictivas.

De acuerdo con este planteamiento, los tribunales peruanos no estarían facultados para aplicar jurisdicción universal, por ejemplo, en los supuestos de crímenes de guerra realizados en contextos de un conflicto armado de índole no internacional o en el caso de delitos de lesa humanidad, tales como la ejecución extrajudicial o las detenciones arbitrarias realizadas como parte de un ataque generalizado o sistemático, entre otros.

Pero no solamente esta deficiencia normativa justifica la ampliación de la jurisdicción universal para todos los casos de graves violaciones del DIDH y del DIH. Esta ampliación también viene recomendada por el hecho de superar las lagunas punitivas que aún subsisten en el plano nacional de los Estados y, que en cierta medida, hacen necesario el establecimiento de una Corte Penal Internacional. De otro lado, debe también tomarse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto de Roma, la jurisdicción de la CPI se limita a los delitos cometidos dentro del territorio de un Estado parte y a los delitos cometidos por los nacionales de un Estado parte⁷⁶.

En consecuencia, como señala Amnistía Internacional, los Estados partes del Estatuto de Roma, además de promulgar leyes de cooperación judicial con la Corte y de tipificar internamente los delitos contemplados en el Estatuto de Roma, han de asegurarse que sus tribunales nacionales ejerzan jurisdicción universal sobre los crímenes de derecho internacional más graves⁷⁷. Tal como se verá posteriormente, la propuesta normativa peruana no sólo se refiere a las graves violaciones del DIDH perpetradas como parte de un ataque sistemático, sino también a tales prácticas aisladamente consideradas. Igualmente, la propuesta normativa extiende la aplicación de la jurisdicción universal a aquellos delitos cometidos en contextos de un conflicto armado de índole no internacional.

⁷⁶ Excepcionalmente el Consejo de Seguridad de las NNUU tiene la discrecionalidad de someter un delito no cometido en un Estado Parte a la competencia de la Corte Penal Internacional.

⁷⁷ De hecho, siguiendo a REMIRO BROTONS, el Estatuto de Roma se cuida de puntualizar (Art. 10) que ninguna de sus reglas sobre jurisdicción, admisibilidad y Derecho aplicable será interpretada como limitativa o perjudicial en alguna forma de normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional para fines distintos a los del Estatuto.

Con relación al texto del artículo 5 contenido en la propuesta normativa, se aprecia que su fuente es la Ley de Introducción del Código penal internacional de Alemania⁷⁸ la cual prescribe, en su párrafo 1, que la referida Ley rige para todos los delitos contra el derecho Internacional descritos en ella, incluso cuando los hechos fueran cometidos en el extranjero y no muestren ninguna relación con el territorio nacional. Sin embargo, el texto de la propuesta normativa peruana no regula de manera conjuntiva (“y”) los dos elementos comprendidos en el principio: la comisión del hecho delictivo en el extranjero y la no relación con el territorio nacional, sino de manera alternativa (“o”).

En nuestra consideración resultaría conveniente ajustar el texto de la propuesta normativa Proyecto de acuerdo con la fórmula conjuntiva del modelo alemán. Sin embargo, de cualquier manera por “no vinculación (o relación) con el territorio nacional” debe entenderse “no vinculación con intereses o bienes jurídicos del propio Estado” (principio real o de protección de intereses). De otro lado, a efectos de una mayor precisión de este principio, cabría evaluar la posibilidad de añadir en la propuesta el hecho de que la ley penal peruana se aplica “independientemente de la nacionalidad del sujeto activo o de las víctimas”.

2.1.5. Relación entre el principio de non bis in idem y las condiciones de admisibilidad previstas por el Estatuto de Roma que crea la CPI

Art. 6.- Non bis in idem

En los delitos cometidos en la presente ley y respecto a la competencia de la Corte Penal Internacional, será de aplicación el principio Non Bis In Idem

Será inaplicable este principio cuando el proceso interno:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de la competencia de la Corte Penal Internacional.*
- b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.*

Este principio implica la prohibición de sancionar o procesar dos veces a una misma persona por el mismo hecho y por el mismo fundamento. Comprende como se aprecia, una dimensión material (no sanción múltiple) y otra dimensión procesal (no pluralidad de enjuiciamientos).

Si bien podría considerarse que el principio del *non bis in idem* no resulta de aplicación en los casos en que la segunda pretensión punitiva provenga de un órgano internacional, es decir, ajeno a la pretensión punitiva del propio Estado⁷⁹, la propuesta ha considerado oportuno extender la garantía del *non bis in*

⁷⁸ Ley de Introducción del Código Penal Internacional de Alemania, de 26 de junio de 2002.

⁷⁹ En ese sentido el Comité de Derechos Humanos, órgano de protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido que “el artículo 14 del PIDCP no garantiza el principio del non bis in idem en relación con las jurisdicciones nacionales

idem a aquellos casos en que la potestad punitiva provenga de un órgano internacional, como la CPI, por ejemplo.

En ese sentido, como regla general, una persona juzgada o condenada por la CPI no podría ser juzgada o sancionada nuevamente por el mismo hecho y por el mismo fundamento por los tribunales peruanos y, viceversa, tampoco una persona sancionada o juzgada por un tribunal interno podría ser juzgada o sancionada por la CPI, salvo las excepciones marcadas por el artículo 17 del Estatuto y que son la fuente del texto de la propuesta normativa peruana.

Las excepciones mencionadas no vulneran el principio del *non bis in idem* en razón de las siguientes consideraciones. Por una parte, en el caso de que el proceso no hubiere sido instruido de forma independiente o imparcial, se considera que no se ha llevado el proceso con las debidas garantías. Esto implica que el proceso es nulo, no surtiendo los efectos de la cosa juzgada ni la prohibición del *non bis in idem*.

Por otra parte, en el caso de que el proceso o la sanción interna obedecieran a la pretensión de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la CPI, el principio del *non bis in idem* tampoco se vulneraría. En efecto, al fundarse este principio en el principio general de proporcionalidad o de prohibición de exceso, se considera que el nuevo proceso seguido ante la CPI contra el presunto responsable no significaría o no implicaría una nueva carga contra el procesado dado que el primer proceso o sanción sólo constituiría una forma fraudulenta de eludir las disposiciones internas de persecución penal.

2.2. Delito de genocidio⁸⁰

Art. 8.- Delito de genocidio.

El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal, realice cualquiera de los actos siguientes:

- 1. Matanza a miembros del grupo.*
- 2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.*
- 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.*
- 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.*
- 5. Traslado forzado a los niños a otro grupo.*

Será reprimido con pena de cadena perpetua en el caso del inciso 1, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, y en los casos de los incisos 2, 3, 4 y 5 con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años.

de dos o más Estados. El Comité observa que esta disposición prohíbe el ser juzgado dos veces por un mismo delito sólo en relación con un delito particular en un Estado concreto" (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso A.P. v Italia. Comunicación n.º 04/ 986. Noviembre de 1987., Num 204).

80

La Sección 2.2 del presente trabajo ha sido desarrollada por el Dr. Felipe A. VILLAVICENCIO TERREROS.

2.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana

En la legislación penal peruana, la figura del genocidio no había sido materia de tipificación por el legislador nacional hasta la vigencia del CPL de 1991, cuando se le ubica en el artículo 129 pero de manera inadecuada entre intereses individuales que afectan a la vida, el cuerpo y la salud, en el primer título del catálogo de delitos. Durante la vigencia del Código Penal de 1924, los casos de genocidios sólo podían ser materia de juicio de tipicidad en las figuras penales como el homicidio calificado (asesinato) o lesiones graves, a las que se les atribuía sus respectivas conminaciones penales.

Desde el 24 de mayo de 1960, el Perú puso en vigencia la CCG, lo que supuso la existencia de un tipo legal pero sin una específica consecuencia punitiva (el tipo internacional carecía de una pena específica). A través de la Ley N 26926 de fecha 21 de febrero de 1998 se corrige la ubicación de la figura penal del genocidio derivándola a un título apropiado (título XIV-A, Libro Segundo) en el artículo 319, en el que también se incorporan figuras como la desaparición forzada de personas y la tortura, las cuales hasta la actualidad no ha sido objeto de modificación legal alguna.

La fuente del actual artículo 319 del CP se encuentra en la definición de genocidio prevista en el artículo II de la CCG, con la variación de la referencia al grupo “racial” por el “social” (variante que también se observa en el original artículo 129 del CP de 1991). En sentido diferente tenemos la reciente formulación contenida en el texto del artículo 8 de la propuesta normativa contenida en el Proyecto de Ley No 1707/2007-CR, que asumiendo el replanteamiento de la identificación de los grupos víctimas del genocidio contemplada en el artículo 6 del Estatuto de Roma excluye de la tipificación a los grupos sociales⁸¹ y sólo determina como tales a un grupo nacional⁸², étnico⁸³, racial⁸⁴ o religioso⁸⁵. Como precisa la Exposición de Motivos de la propuesta normativa:

Se ha suprimido respecto al tipo penal del genocidio, la referencia a la categoría poco delimitada de ‘grupo social’ que contiene actualmente el Código Penal, en atención a las severas críticas de la doctrina especializada, que señala que esta categoría ofrece al operador judicial un margen de interpretación extremadamente amplio y poco permeable a los fines de tutela que persigue el Estatuto de Roma.⁸⁶

81 En el sentido de su inclusión, vid. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A. y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de derecho penal. Parte especial. 3. Ed. Lima: San Marcos, 1997, p. 132.

82 El elemento para identificarlo es la ciudadanía (Cf. HERENCIA CARRASCO, Salvador (Coordinador). La Corte Penal Internacional y los países andinos. 3ª Edición. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2007, p. 166).

83 El aspecto rector de este grupo es la identificación de una lengua o cultura común (Ibid.).

84 El principal rasgo está basado en características físicas hereditarias, asociadas con criterios geográficos, independientemente de elementos relativos a la lengua, cultura, nación o religión (Ibid. Loc. Cit., p. 167).

85 El elemento central para su identificación es la pertenencia a una religión, credo o culto de cualquier especie y no necesariamente están implícitas características físicas en los sujetos (Ibid.).

86 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No 1707/2007/-CR, pp. 10-11. En ese sentido, CARO CORIA (“Perú”. En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores) Op. Cit., p. 448.) precisa que “si en general puede entenderse que el bien jurídico en el genocidio se concreta en la existencia del grupo atacado, se abre con ello un amplio espacio de indeterminación alejado del *nullum poena sine lege certa*”. Para MEINI (“Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Op. Cit., p. 117.) “la inclusión del adjetivo social para calificar el grupo en detrimento del racial, genera no pocos problemas interpretativos (...) Grupo social, por ende, es cualquier grupo perteneciente o relativo a la sociedad lo que abre la puerta a que, en derecho penal peruano, los grupos políticos (...) reciban protección penal”. Sobre el origen español de esta referencia a grupos sociales vid. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth: “De la competencia *ratione materiae* prevista en el Estatuto de Roma”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coordinadora). Op. Cit., p. 86. Esta autora agrega que “si bien es cierto que la voluntad de exterminio se puede presentar en todos los casos, la finalidad de la Convención contra el Genocidio es proteger a un grupo que resulta claramente distinguible por las características relativamente inmutables y estables que lo definen” (Ibid.). Además, se debe señalar que la Audiencia Nacional española incluye a los grupos políticos en el tipo a partir de un concepto colectivo-social (AMBOS, Kai. El nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 75).

2.2.2. Análisis de la propuesta de delito de genocidio

2.2.2.1. Bien jurídico protegido

Podemos afirmar, siguiendo a la doctrina especializada, que la tutela penal del genocidio reside en el bien jurídico existencia de un grupo humano, especificado en cuanto a su identidad nacional, racial, étnica o religiosa, por lo que dicha doctrina ya ha descartado toda atribución de intereses individuales como bien jurídico⁸⁷. “*El grupo protegido es un conjunto de personas cuyo criterio de cohesión que les identifica como tal y los distingue del resto es su pertenencia a una determinada nacionalidad, raza, etnia o religión*”⁸⁸. Aún así, cabe apreciar que la fórmula no comprendería a grupos como los políticos⁸⁹, económicos y culturales⁹⁰, lo que merecería una reformulación de lege ferenda, dependiendo de la especificidad propia de cada Estado⁹¹.

2.2.2.2. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de genocidio vigente

El artículo 319 del CP vigente contiene cinco formas específicas de genocidio: 1. Matanza de miembros del grupo. 2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. 3. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial. 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. 5 Transferencia forzada de niños del grupo a otro grupo. Es de señalar que no se considera genocidio, por ejemplo, la prohibición del uso de un idioma o profesar determinada religión, la destrucción de bibliotecas o lugares sagrados que son considerados como casos de *genocidio cultural* pero que no están considerados en los supuestos típicos de la ley penal⁹².

La modalidad de *matanza de miembros del grupo* constituye el injusto penal más grave del conjunto de figuras. El concepto de *matanza* acompañado con el término plural de *miembros del grupo* permite entender que la ocasión causal y la imputación objetiva exigen la producción masiva de muertes direccionadas a grupos delimitados de personas. Sin embargo, esta afirmación no descarta la posibilidad que la víctima sea solo un miembro individual del grupo⁹³, como por ejemplo, la muerte de un importante dirigente del grupo, circunstancia que puede originar la destrucción total o parcial del mismo⁹⁴. En efecto, “*el ataque contra un miembro de un grupo protegido es suficiente para el perfeccionamiento del grupo, siempre y cuando el autor quiera –con intención especial- destruir al menos “en parte” el grupo y esta parte cumple con los requisitos cuantitativos y/o cualitativos*”⁹⁵. En caso que se

87 GIL GIL, Alicia. Op. Cit., p. 360.

88 Ibid.

89 A favor que el exterminio de grupos políticos constituye un delito de genocidio, vid. SERRANO-PIEDRACASES, José Ramón. “El delito de genocidio. Especial referencia al Caso Pinochet” En: DIEZ RIPOLLES, José Luis et. al. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al prof. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnós, 2002, p. 1502 y ss.

90 AMBOS, Kai. Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, p. 23.

91 HERENCIA CARRASCO, Salvador (Coordinador). Op. Cit., p. 163.

92 MEINI, Iván (“Los delitos contra la Humanidad...” Op. Cit., p. 120) cree que en ciertos casos se puede interpretar de manera extensiva el tipo, en supuestos en los que tales prohibiciones lleguen a afectar la integridad mental de los miembros del grupo o los sometan a medidas que atenten contra sus valores culturales.

93 Cfr. VILLA STEIN, Javier. Derecho penal, parte especial I-A, 2ª ed. Lima: Editorial San Marcos, 2004, p. 241.

94 Ibid. Loc. Cit., p. 118.

95 AMBOS (La parte general del Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 120) considera que la utilización en plural de la expresión “matanza de miembros del grupo” en el art. II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en el Art. 6 del Estatuto de Roma (expresión que también ha sido recepcionada por el Art. 319 del CP peruano) solo se puede explicar como un error, un descuido de redacción. Agrega que una interpretación literal tendría como consecuencia absurda que la consumación del delito debería negarse en caso de una sola víctima con lo que el delito perdería su carácter de tipo de intención (Ibid. Loc. Cit., pp. 119-120).

trate de un ataque contra un presunto miembro del grupo, la imputación podría ser por tentativa⁹⁶.

La modalidad de *lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo* debe ser interpretada bajo el tenor comprensivo de supuestos del tipo objetivo de lesiones graves del artículo 121 del Código Penal⁹⁷. Se entiende que estas pueden ser tanto temporales como permanentes⁹⁸, siempre que se dirija a los aspectos internos como externos de la salud de los miembros del grupo.

La tercera modalidad de *sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial* hace alusión a la destrucción de un grupo por medio de una “muerte lenta”⁹⁹. Su estructura no se aleja mucho de la clásica fórmula de la exposición a peligro, aunque la expansión de víctimas sometidas activamente al peligro le da autonomía propia. El defecto legislativo se aprecia en la sola mención de la destrucción física de los miembros del grupo sin comprender la posibilidad de una destrucción psicológica como resultado de la conducta. Entre los métodos aplicados al sometimiento se observa en la práctica la denegación de alimentos, condiciones de insalubridad, privación de vivienda, reducción de servicios médicos, sometimiento a trabajos excesivos¹⁰⁰.

En la cuarta modalidad, *medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo*, conocida como genocidio biológico, se aprecia actos denegatorios de los medios de reproducción. Entre las medidas pueden apreciarse las esterilizaciones forzadas de hombres y mujeres, la mutilación sexual, la prohibición legal del matrimonio o de la reproducción sexual, control natal forzado, etc¹⁰¹. La imposición de estas medidas puede ser temporal como permanente y puede abarcar tanto aquellas medidas destinadas a producir afectaciones físicas como aquellas destinadas a producir afectaciones mentales.

En la última modalidad, el *traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*, sólo se percibe el detrimento de la identidad del grupo, más no su destrucción física; no obstante ello, dicha conducta persiste como una figura de genocidio. No se presentara el supuesto típico si, por ejemplo, el traslado de niños es temporal y se realiza para evitar una epidemia¹⁰².

Para efectos de la imputación subjetiva se requiere el *dolo* pero además se exige una *especial intención*¹⁰³; que el sujeto busque “*destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso*”. Esta exigencia hace de esta figura un *tipo de tendencia interna trascendente* (delito de intención) en los que incluso el delito queda consumado cuando se produce cualquiera de las conductas típicas sin que sea necesario que el agente consiga realizar su específica intención¹⁰⁴. Si bien el tema puede ser muy discutible, se considera que esta excluido el dolo eventual (*recklessness* del derecho anglosajón) y la imprudencia grave¹⁰⁵.

96 Ibid. Loc. Cit., p. 120.

97 MEINI (“Los delitos contra la Humanidad...” Op. Cit., p. 119) considera que los ataques que originen lesiones leves y que se realicen con el ánimo de exterminar total o parcialmente al grupo tendrán que ser reconducidos a los tipos penales comunes. Vid. MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad”. En: Jus-Doctrina & Practica. No 10. Lima, 2007, pp. 43-44.

98 AMBOS, Kai. Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 26.

99 Ibid. Loc. Cit., p. 27.

100 Ibid. Cfr. MEINI, Iván. “Los delitos contra la Humanidad...” Op. Cit., p. 119.

101 AMBOS, Kai. Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 28.

102 MEINI, Iván. “Los delitos contra la Humanidad...” Op. Cit., p. 119.

103 “*dolus specialis*”. Vid. CASSESE, Antonio. Op. Cit., p. 103.

104 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. Cfr. AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 121.

105 CASSESE, Antonio (Op. Cit. p. 103) señala: “It logically follows that other categories of mental element are excluded: recklessness (or *dolus eventualis*) and gross negligence”. Ibid. Loc. Cit., pp. 168-175. Vid. en esta misma obra el análisis del Art. 28 del Estatuto de Roma.

Por otra parte, cabe apreciar la diferenciación en los marcos penales: mientras que el artículo 319 del Código Penal señala una pena privativa de libertad no menor de 20 años para todos los supuestos de genocidio, el artículo 8 de la propuesta normativa maximiza la pena a cadena perpetua para el supuesto de matanza de miembros de grupo y manteniendo la pena privativa de libertad no menor de 25 años para los demás supuestos.

2.2.3. Análisis de la propuesta de delito de provocación al genocidio

Artículo 9.- Instigación al genocidio.

El que provoca de modo directo y público a una pluralidad de personas para la comisión del delito de genocidio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Un agregado delictual dentro del rubro de delitos de genocidio en la propuesta normativa es la autonomía típica de la *instigación al genocidio*. Bajo un entendimiento literal del artículo III de la CCG, la propuesta normativa ha replanteado la fórmula penal de una forma de participación como una figura independiente del genocidio. La propuesta normativa altera las reglas básicas de la instigación a fin de convertirla a una incitación *sui generis*, de manera que no es necesario determinar a otro a cometer el delito (art. 24 CP), aunque no se ejecute, con los que se abandona el principio de accesoriedad limitada¹⁰⁶.

Según la Exposición de Motivos de la propuesta normativa, “la fórmula no constituye una forma de instigación sino una modalidad de provocación al delito que exige el empleo de medios públicos para el favorecimiento de la comisión del mismo sin que éste necesariamente se haya iniciado (tentativa) o se haya consumado.”¹⁰⁷ Al respecto debemos precisar que, si bien el literal c) del artículo III de la CCG hace mención de la “*instigación directa y pública a cometer genocidio*”, el artículo 9 de la propuesta legislativa va más allá y hace de la figura de incitación *sui generis* una figura penal asimilable a la apología al genocidio¹⁰⁸, al utilizar en dicho artículo la expresión “*el que provoca de modo directo y público a una pluralidad de personas para la comisión del delito de genocidio*”.

¹⁰⁶ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. “La tipificación de los crímenes...” Op. Cit., p. 157.

¹⁰⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No 1707/2007/-CR, p. 11.

¹⁰⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis. “Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En: COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario. Reunión de expertos de países iberoamericanos. Madrid, 10-12 marzo 1999, Bogotá: Plaza & Janes, 2000, p. 63.

2.3. Delitos de lesa humanidad y otros delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁹

2.3.1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido

En el actual derecho penal, el principio de lesividad u ofensividad supone que una conducta para ser considerada ilícita o injusta no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima "*nullum crimen sine iniuria*". A este principio se refiere el artículo IV del Título Preliminar del CP de 1991 al declarar que "*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*". Precisamente, "*para evitar esta distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado*"¹¹⁰.

Desde nuestro punto de vista, la intervención del Estado sólo se legitima cuando protege bienes jurídicos y creemos que el bien jurídico debe ser realmente un límite político-criminal a la función punitiva estatal, pero esto no se puede comprobar siempre en el ejercicio del poder penal. Pensamos que no es el camino más adecuado sustituir al bien jurídico por la *infracción al deber*. En esencia, existen diferencias entre norma y valor, pues la primera tiene un sentido deontológico (deber) y el valor, un sentido teleológico (finalidades)¹¹¹. Así, siendo el bien jurídico un valor no puede ser identificado como una norma (deber), pues ello es contradictorio.

En definitiva, "*los bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad -y no sólo de un grupo determinado- que proporciona el ordenamiento de protección de derechos humanos y los principios constitucionales, como su fuente inspiradora, para de esta manera delimitar (y no sólo legitimar) al poder penal, buscando erradicar la posibilidad de la arbitrariedad.*"^{112 113}

En el caso específico de los delitos de lesa humanidad, se ha concebido que estamos frente a un *bien jurídico institucional* que protege a las garantías constitucionales en sí mismas, es decir, la intangibilidad de los derechos humanos frente al Estado. Así, se estaría "*en presencia de un bien jurídico institucional*

109 La sección 2.3. del presente trabajo, con excepción de la sección 2.3.6.1. fue elaborada por el Dr. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS.

110 BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 157.

111 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 328.

112 Cfr. FERNÁNDEZ, Gonzalo. Bien Jurídico y Sistema del delito., Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 292, num. 16; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalista en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales". En: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán y NEUMANN, Ulfried (coordinadores). Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 120-121.

113 En la teoría penal latinoamericana: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR consideran que el bien jurídico es la "relación de disponibilidad de una persona con un objeto" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 466). BUSTOS entiende que todo concepto jurídico nace "como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos" (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. Tomo I. Lima: Ara, 2004, p. 538). Para este autor los bienes jurídicos son "relaciones sociales concretas" (Ibidem.). Para BINDER, bien jurídico es "un conflicto en el que el Estado puede intervenir con el poder punitivo" (BINDER: Alberto. Op. Cit., p. 162). Para BINDER una teoría del bien jurídico nos debe indicar los criterios que impiden al Estado seleccionar un conflicto. Así, el primer límite está relacionado con la gravedad, de lo que no resulta admisible la intervención del poder punitivo aún cuando no exista otro recurso, si esa intervención es más grave para la sociedad que la subsistencia del conflicto mismo. Un segundo límite se relaciona con las prioridades, en el sentido que los instrumentos violentos del Estado siendo escasos deben estar sujetos a criterios de racionalización. Un tercer límite, exige que el Estado utilice sus instrumentos violentos cuando tenga la capacidad o posibilidad real de ejercerlo, y hace evitar utilizar el poder penal para cumplir finalidades sociales distintas y no una acción dañosa. Un cuarto límite tiene que ver con la defensa del interés de la víctima (Ibid. Op. Cit., pp. 163-164).

–conforme a la correcta terminología utilizada por Escribá-, es decir, un bien jurídico que recoge un sistema orgánico y complejo de valoraciones; en este caso el sistema garantizador de la constitución respecto de la libertad y seguridad, en otros términos el sistema de control de las actuaciones de los poderes públicos. Se trata de un bien jurídico que sirve de protección previa a bienes jurídicos concretos, sin quedar identificados con ellos”¹¹⁴

Creemos que el debate sobre el bien jurídico que se protege en estos delitos es central. La concepción más usada se refiere a que estos injustos comprenden a los ataques contra bienes jurídicos individuales cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o la tolerancia del Estado¹¹⁵. En este sentido el “*contexto colectivo de actuación*” constituiría el bien jurídico protegido en estos delitos¹¹⁶. Sin embargo, como lo demuestra la amplitud de supuestos que se tipifican en la propuesta legislativa, este concepto es poco dúctil para una función sistematizadora y por el contrario, la experiencia nacional muestra que no es necesario que se trate de ataques sistemáticos o generalizados para proceder a la tipificación de conductas como delitos de lesa humanidad¹¹⁷.

A fin de superar esta limitación y hallar un concepto de bien jurídico que permita un fundamento y mejor sistematización, también se puede entender que en estos delitos no se lesiona solo a la víctima individual en sus derechos fundamentales sino a la humanidad en su conjunto. “*Por ello, se sigue que cualquier delito que signifique un cuestionamiento al estándar mínimo de derechos de la humanidad podrá ser considerado como delito de lesa humanidad*”¹¹⁸. Creemos que ese estándar mínimo de derechos de la humanidad son precisamente los derechos reconocidos internacionalmente y las garantías constitucionales que los Estados están obligados a respetar y proteger.

Así, la propuesta legislativa ha operado utilizando ambas acepciones que explican el bien jurídico en los delitos de lesa humanidad. Una primera que se apoya en los elementos del ataque generalizado o sistemático¹¹⁹ y en la participación, la tolerancia o aquiescencia del Estado. La segunda, que concibe al bien jurídico protegido como la lesión individual que afecta los niveles mínimos de derechos reconocidos por la humanidad. De esta manera, es posible incluir en este catálogo figuras como la ejecución extrajudicial (diferenciada de los homicidios por contar con autores cualificados o actuar con la aquiescencia de aquellos) o la violación sexual (diferenciada de las figuras comunes por la existencia del ataque generalizado o plan sistemático) y admitir que no todo supuesto es necesariamente un delito de lesa humanidad¹²⁰.

A partir de la determinación del concepto de bien jurídico también es posible alcanzar diferencias entre la imputación penal en delitos contra el DIDH y la que corresponde a los delitos contra el DIH,

114 BUSTOS, Juan: Obras completas, Tomo II. Op. Cit., p. 390.

115 GIL GIL, Alicia. Op. Cit., p. 151.

116 VEST, citado por VAN WEZEL, Alex. “Problemas de imputación al tipo penal en crímenes contra la humanidad” En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales, N 7. Lima: Grijley, 2007, p. 168. Este autor desarrolla los problemas de imputación objetiva derivados de este contexto de actuación supraindividual descrito especialmente en el Art. 7 del Estatuto de Roma y la manera como se podría hacer frente a la dificultad de la imputación individual desde la perspectiva del concepto unitario de interviniente en el hecho, sobre la base de un modelo de imputación que atienda a las particularidades de la actuación conjunta (Ibid. Loc. Cit., p. 178).

117 En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1707/2007-CR se afirma que “la experiencia peruana demanda una protección anticipada de los graves atentados a la dignidad humana. Cobertura que exige no esperar que las conductas constitutivas de torturas, desapariciones forzadas de personas o ejecuciones extrajudiciales, tengan que producirse en el contexto de una práctica sistemática o generalizada, para ser calificadas como tales” (vid. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1707/2007-CR, p. 12).

118 MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 114.

119 La propuesta legislativa incorpora el elemento típico de “ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil” en el caso de exterminio, esclavitud, persecución, violación sexual, deportación o traslado forzoso de población y detenciones arbitrarias (Art. 14), mientras que lo considera como un elemento agravante genérico de la responsabilidad en los delitos contra el DIH (Art. 30).

120 V.gr. manipulaciones genéticas (Art. 324 CP) y delito de discriminación (Art. 323 CP) que son incorporados en nuestra legislación como delitos contra la humanidad.

de manera que se puede considerar aplicables los criterios de la *unidad de ley* (concurso de leyes) dependiendo de si se trata de un injusto realizado en un contexto de conflicto armado (delito contra el DIH) o en un contexto de paz (delito contra el DIDH). A estos últimos injustos nos referiremos en esta parte¹²¹.

2.3.2. Análisis de la propuesta del delito de ejecución extrajudicial

Artículo 10.- Ejecución extrajudicial.

El funcionario o servidor público que infringiendo su deber de protección o garante de la vida, o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquel, mate a otro por motivos políticos, socio económicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de sexo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

2.3.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana

Las ejecuciones extrajudiciales solo se han reglamentado de manera implícita en tratados dentro de las disposiciones relativas al “derecho a la vida”¹²², sin que ello disminuya su importancia en el marco de la justicia internacional¹²³. En el derecho interno tampoco contamos hasta el momento con una regulación típica expresa. Sin embargo, recientemente la inquietud generada por el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación¹²⁴ (en adelante, CVR), los pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas con relación a las prácticas de ejecución extrajudicial (como por ejemplo la Resolución 35/172) y el pronunciamiento de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías ante el Comité de Derechos Humanos en 1982, han permitido una formulación penal propia de la ejecución extrajudicial en el texto de la propuesta normativa¹²⁵.

2.3.2.2. Bien jurídico protegido

Entendemos que el *bien jurídico* a tutelar no sólo es la dignidad humana¹²⁶ sino que en ella confluye la vida humana, por lo que no es ajeno que su marco punitivo llegue al mismo nivel de gravedad penal que el homicidio calificado (asesinato). Sin embargo, la ejecución extrajudicial es algo más que un asesinato¹²⁷.

121 Vid. en este trabajo la parte que corresponde a los delitos contra el Derecho internacional humanitario, en relación a los problemas de concursos de tipos contra el DIH y el DIDH.

122 AMBOS, Kai. El nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 74. Vid. Arts. 6 del PIDCP y Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

123 Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Resolución 1989/65, del 24 de mayo de 1989. En: NACIONES UNIDAS. Recopilación de Instrumentos Internacionales de carácter universal. Ginebra: Centro de Derechos Humanos, 1994, pp. 422 y ss.

124 La Comisión de la Verdad y Reconciliación entiende que la ejecución extrajudicial es el homicidio individual o colectivo perpetrado por agentes del Estado, particulares, grupos paramilitares u otras fuerzas que actúan bajo el control u orden de un gobierno, con su complicidad, tolerancia, aquiescencia, fuera de un proceso judicial. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final. Tomo VI. CVR, 2003, pp. 142 y ss.

125 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No 1707/2007/-CR, p. 13.

126 Vid. al respecto GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 59 y ss.

127 Cfr. MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 137.

2.3.2.3. Tipo penal

Los sujetos activos de la figura serían tanto funcionarios o servidores públicos (*delitos de infracción de deber propio*) como particulares (*delitos de dominio*). En una versión anterior de la propuesta normativa se exigía tanto en el funcionario o servidor público como en los particulares una posición frente a la víctima, lo que desnaturalizaba la figura de ejecución extrajudicial incorporando en su ámbito típico toda conducta de omisión impropia de homicidio, además de no hacer precisión del tipo de posición. Esto es corregido en el artículo 10 de la propuesta normativa actual, la cual no sólo precisa la posición o deber de protección o garante de la vida, sino que también la exige solamente respecto de la actuación del funcionario o servidor público.

En el caso de la comisión de la ejecución extrajudicial por parte de particulares, la propuesta legislativa exige, al igual que en la tortura, la ejecución de la conducta previo consentimiento o aquiescencia del funcionario o servidor público, lo que en este caso plantearía siempre una coautoría: los particulares por comisión y los funcionarios por omisión impropia. Siendo la ejecución extrajudicial un delito de lesa humanidad, las referencias a los sujetos activos permiten precisar el “manejo estatal” que la caracteriza y al mismo tiempo, la diferencia de las figuras delictivas comunes.

De acuerdo a la propuesta legislativa, la conducta típica supone principalmente un ataque a la vida humana independiente. Con frecuencia la muerte será una consecuencia de otras figuras como la desaparición forzada, tortura, violación sexual o lesiones, lo que aproxima la figura al asesinato (art. 108 CP inc. 2.-“*Para facilitar u ocultar otro delito*”). Precisamente, para alcanzar una diferencia, se han incorporado al tipo propuesto unos *especiales motivos*¹²⁸ como por ejemplo: motivos políticos, socio económicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de sexo u otros motivos similares consagrados en la constitución política del Estado¹²⁹, que deben estar presentes tanto en los funcionarios o servidores públicos como en los particulares, al momento de realizar el juicio de imputación personal (culpabilidad).

128 Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit., n. m. 804. Estos especiales motivos pertenecen al juicio de imputación personal (culpabilidad) y no deben ser confundidos con los fines a los que se refieren los tipos de tendencia interna trascendente como, por ejemplo, la tortura.

129 Este elemento ha sido agregado en el predictamen del proyecto de ley 1707/2007-CR y es consecuencia de una propuesta realizada por el Dr. Hugo RELVA, de Amnistía Internacional, realizada en un conversatorio realizado en noviembre de 2007 quien sugirió agregar la fórmula “u otros motivos consagrados en el derecho internacional” atendiendo a otros supuestos de ejecuciones extrajudiciales por motivos de orientación sexual o de “limpieza social”, siendo que los asesores en el Congreso de la República lo han ligado no a las normas internacionales sino a las constitucionales.

2.3.3. Análisis de la propuesta del delito de tortura

Art. 11.- Tortura

El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que, con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva o con cualquier otro fin, inflinja a otra persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

La misma pena se impondrá al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que aplique métodos tendentes a menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

Si como consecuencia del hecho se anula la personalidad de la víctima o se disminuye gravemente la capacidad física o mental de la misma, se produce lesión grave o muerte de la víctima como resultados previsibles por el agente, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

2.3.3.1. Fuentes relevantes del derecho internacional

Antes de regular el delito de tortura en el ordenamiento penal peruano, el Perú había suscrito la CCT (ratificada el 14 de junio de 1988 y en vigor desde el 7 de julio del mismo año) y la CIPST (ratificada el 27 de febrero de 1990 y vigente desde el 28 de marzo de 1991)¹³⁰. Sin embargo la carencia de dispositivos expresos hizo que estos injustos fueran sancionadas recurriendo a los tipos legales comunes.

2.3.3.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana

Actualmente en la legislación peruana, el delito de tortura es un Delito contra la humanidad previsto en el art. 321 del CP (Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998) y cuyo tipo penal señala: *“El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla (...)”*.

130 Para MONTROYA, Yván (El delito de tortura en el Perú. Lima: IDL, 1997, p. 23) el Art. 321 del CP peruano es un tipo de lesión (con lo que sería necesario comprobar la producción efectiva del sufrimiento o afectación psíquica en la víctima, la anulación de su personalidad o la disminución de su capacidad física o mental) y la formula que define a la tortura en la Convención Americana es un tipo de peligro concreto, que considera más conveniente y recomienda su introducción en nuestra legislación penal. Para CARO CORIA sería una figura de peligro abstracto. Este autor, refiriéndose al texto de la Convención ONU y la Convención Interamericana que “Antes bien, estas disposiciones toman como punto de partida la acción, si las restantes desvalorizaciones pudieran entenderse como predicados de esta, sería posible observar la presencia tipos de peligro abstracto, en el sentido de comportamientos peligrosos para el bien jurídico desde una perspectiva ex ante” (“La tipificación de los crímenes...” Op. Cit., p. 172).

2.3.3.3. Bien jurídico protegido

En cuanto al *bien jurídico* que la tortura protege en la regulación del art. 321 del CP se acepta que esta figura es *pluriofensiva*, por lo que no sólo protege a la integridad personal sino especialmente a la dignidad humana¹³¹.

2.3.3.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de tortura vigente

Los *sujetos activos* son funcionarios públicos o servidores o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel. Es por tanto, un *delito de infracción de deber propio*¹³².

La conducta típica consiste en infligir a otro, *dolores o sufrimientos graves*¹³³, sean *físicos o mentales*. Así, no se requiere la verificación de lesiones en la víctima para la tipicidad de las torturas¹³⁴. Esto es precisamente lo que marca la diferencia con el injusto de las lesiones en los que los daños a la salud de la persona están incluso cualificados y cuantificados (v. gr. lesiones graves –art. 121 CP-, leves- art. 122 CP). Incluso podrían presentarse otras figuras que se subsumen en el tipo de lo injusto de la tortura como las faltas de lesiones (art. 441 CP) y los actos contrarios al pudor (art. 176 CP).

La jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁵, el Tribunal Constitucional¹³⁶, como de la Corte Suprema peruana¹³⁷, vienen perfilando la definición de la tortura. Sin embargo, se critica el agregado de la “*gravedad*” pues este elemento puede llevar a interpretaciones arbitrarias y restrictivas de la figura¹³⁸. En todo caso, de lo que se trata es de la idoneidad de estos dolores o sufrimientos de la víctima, para que el sujeto activo consiga los fines que persigue¹³⁹. Así,

131 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el Derecho a un Juicio Justo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 95. Cfr. HUERTA, Miguel y CAMPOS PERALTA, Gustavo: La tortura en el Perú y su regulación legal. Lima: COMISEDH, 2005, p. 42; MONTOYA, Yván. “El delito de tortura...” Op. Cit., p. 22. Para MEINI (“Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 129) “la tortura será un delito de lesa humanidad siempre y cuando se trate de un ataque generalizado o sistemático, y se puede afirmar la intervención del Estado mediante su tolerancia, participación o aquiescencia”.

132 MONTOYA, Yván. “El delito de tortura...” Op. Cit., p. 24. En relación a la fórmula española del delito de tortura el Prof. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (“Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el código penal de 1995”. En: DIEZ RIPOLLES, José Luis. Op. Cit., p. 1237) considera que se trata de delitos especiales impropios.

133 Sobre la determinación de la “gravedad” ZÚÑIGA, Laura (“El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional” En: PÉREZ ALVAREZ, Fernando, NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel y GARCÍA ALFARAZ, Isabel (coordinadores). Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007, señala que esta “depende de una serie de circunstancias concretas, y este es un elemento para determinar la sustantividad de los tipos penales, el juzgador debe valorar detenidamente dichas circunstancias”.

134 Cfr. MONTOYA, Yván. “El derecho internacional y los delitos”. Op. Cit., pp. 57-58.

135 Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Caso Cantoral Benavides v. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Caso Maritzá Urrutia v. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

136 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 2333-2004-HC-TC. Sentencia del 12 de agosto de 2004.

137 Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de 18 de abril de 2001, Ayacucho.

138 HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador) Op. Cit., pp.180-181. Para MEINI (“Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 130) se pueden producir “distorsiones político-criminales” pues al no tener un criterio legal que permita distinguir un dolor o sufrimiento grave de uno leve, podría sugerir una asimilación al delito de lesiones.

139 MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 130. En una acepción objetiva-subjetiva, es un primer momento si son suficientes para alcanzar lo pretendido y en un segundo momento, en relación a la capacidad de la víctima. Para FAÚNDEZ este siempre será un elemento clave, pero “aún cuando para la víctima el dolor sea una circunstancia objetiva, la apreciación de este resultado será consecuencia no solamente del medio empleado - adecuado para este fin-. Sino que también de circunstancias personales, que podrían incluir la constitución física, la salud, o el carácter de la víctima”. Porque un mismo hecho, no obstante el propósito con el que este se realice y el medio que se emplee, no siempre producirá el mismo resultado en personas diferentes”.

estos dolores o sufrimientos “graves” no deben entenderse en el sentido de la “vis absoluta” pues esta origina ausencia de acción y de lo que se trata en el supuesto sancionable de la tortura es que la víctima esté en condiciones de confesar o brindar información¹⁴⁰.

La fórmula que define el crimen de tortura en el Estatuto de Roma (artículo 7.2 e: “*Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas*”) comparativamente, difiere de la regulación nacional y resulta evidente que la fórmula peruana (art. 321 CP) contiene *elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo*, es decir, diversas finalidades, que no están previstas en la fórmula que adoptó el Estatuto.

Estos elementos hacen de este un *tipo de tendencia interna trascendente*¹⁴¹: propósito de obtener de la víctima o de tercero una confesión o información, castigarla por un hecho cometido o que se sospeche que ha cometido, intimidarla o coaccionarla. En el Perú, se considera que este agregado puede restringir la aplicación del tipo en los casos concretos, por lo que no deberían limitarse las finalidades¹⁴². Sin embargo, desde el punto de vista vinculado al juicio de tipicidad, en los casos concretos, estas referencias a finalidades subjetivas específicas del agente, pueden apoyar en una mayor precisión en su aplicación, especialmente para diferenciarla del delito común de lesiones.

En este sentido, la Sala Penal Nacional a través del Auto del 5 abril de 2005 precisó la diferencia entre el delito de lesiones y la tortura sobre la base de la finalidad con el que se emplean los dolores o sufrimientos graves físicos o mentales. Sostiene la Sala que el tipo de injusto de la tortura:

...exige la concurrencia de infligir dolores o sufrimientos graves, pero esto no puede estimarse como conductas repetidas o prolongadas en el curso del tiempo, pues el disvalor de la acción solo requiere que se trate de una afectación a la integridad física o mental con una finalidad de las previstas en el Art. 321 del Código penal (por ejemplo, el castigo)¹⁴³.

El artículo 321 del CP establece como sanción para el tipo básico la pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años. También se prevé dos agravantes: a) que la tortura produzca lesiones graves a la víctima; b) que se produzca su muerte, siempre previsible para el agente (imprudencia)¹⁴⁴. Para la primera agravante, la sanción a imponerse es pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años, y en el caso de la segunda, pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 20 años. En la propuesta normativa analizada las penas son algo mayores. Así, para la figura básica se prevé la pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años. Si se anula la personalidad de la víctima, se le causa lesión o muerte previsible, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

En la actualidad, el artículo 322 del CP (incorporado mediante Ley 26926 del 21 de febrero de 1998) reprime al médico o profesional de la salud que coopere en la perpetración del delito de tortura con la pena que corresponde al autor. Sobre esta figura, la propuesta legislativa mantiene el texto del art. 322 del CP pero creemos que es una repetición de lo previsto en el primer párrafo del art. 25 del CP.

140 Ibid.

141 Cfr. MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 130.

142 COORDINADORA NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la Tortura en el Perú 1995-1998.

143 TALAVERA, Pablo. “La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos”. En MACEDO, Francisco (coordinador). Op. Cit., p. 229.

144 Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. n.m. 867-869. Se trata de una figura de imputación compuesta dolosa-imprudente asimilable al concurso ideal (cfr. MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 134).

2.3.4. Análisis de la propuesta de delito de desaparición forzada de personas

Art. 12.- Desaparición forzada de personas.

El funcionario o servidor público u cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel que de cualquier forma prive a otro de su libertad, seguido de la negativa a informar o guarde silencio sobre la detención, el destino o el paradero de esa persona, con la intención de dejarla fuera del amparo de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

2.3.4.1. Fuentes relevantes del derecho internacional

La fórmula utilizada en la CIDFP (art. II) describe la desaparición forzada de la siguiente manera:

Privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida por la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La reciente *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas* de las Naciones Unidas del año 2007 en su artículo 2 define a la desaparición forzada de la siguiente manera:

El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

En el Estatuto de Roma (art. 7.2. i) la figura de la desaparición forzada está descrita de la siguiente manera:

...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas¹⁴⁵ por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

¹⁴⁵ En esta fórmula se critica el empleo de la expresión "personas" mientras que la Convención Interamericana se refiere a "una o más personas" que en consecuencia da un mayor umbral de protección. HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador). Op. Cit., p.183).

2.3.4.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana

En el Perú, el delito de desaparición forzada ha sufrido una serie de modificaciones y reubicaciones. Fue incorporado por primera vez en el CP de 1991 entre los delitos contra la tranquilidad pública - delito de terrorismo (capítulo II del título XIV de la Parte Especial). Posteriormente, el Decreto Ley N° 25475 de 6 de mayo de 1992, que aprobó una nueva legislación antiterrorista, derogó a través de su artículo 22 todo el capítulo de delitos de terrorismo del CP de 1991.

Durante un tiempo el Perú no contó con una fórmula que regulara esta figura a pesar de la incidencia de casos. El delito de desaparición forzada fue restituido a través del artículo 1 del Decreto Ley N° 25592 de 2 de julio de 1992. Con la aprobación de la Ley N 26926 de 21 de febrero de 1998, el delito de desaparición forzada fue reubicado del artículo 1 del D. Ley N 25592 al capítulo II del título XIV-A del CP.

En la actual legislación penal peruana este delito está previsto en el artículo 320 del CP en los siguientes términos:

El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).

2.3.4.3. Bien jurídico protegido

Existe un debate sobre el *bien jurídico* en el delito de desaparición forzada. En efecto, para la jurisprudencia se trata de un *delito pluriofensivo* en el sentido que este injusto afecta diversos derechos fundamentales¹⁴⁶. Así, viola la libertad ambulatoria, impide interponer recursos legales afectando el derecho a acudir ante un tribunal, afecta a la integridad personal (pues supone actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes), afecta a la vida (detenidos ejecutados extrajudicialmente) y promueve la impunidad de los autores (posterior ocultamiento de cadáveres). Otra posición más específica, entiende que en realidad el bien jurídico tutelado por esta figura sería el derecho al debido proceso y la personalidad jurídica del sujeto, originados por la negativa a informar sobre la ubicación y situación del detenido¹⁴⁷. Por esta línea, el tipo sería *omisivo* con la consecuencia que la consumación de la figura se daría con la omisión de informar, asumiendo el sujeto activo posición de garante¹⁴⁸.

Creemos que esta línea hermenéutica se apega más a la actual fórmula típica, la que subraya el carácter de delito de infracción de deber de este injusto imprimiéndole una posición privilegiada a la omisión como forma única de imputación. Sin embargo, como veremos luego, la tendencia es a contar con fórmulas más amplias en materia de definición de sujetos activos.

¹⁴⁶ RIVERA PAZ, Carlos. Una sentencia histórica. La Desaparición Forzada de Ernesto Castillo Páez. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006, p. 52.

¹⁴⁷ MEINI, Iván. "Los delitos contra la humanidad..." Op. Cit., p. 124.

¹⁴⁸ Ibid. Las consecuencias en el juicio de tipicidad que plantea esta posición serían: quien solo priva a otro de su libertad comete secuestro (Art. 152 CP), si son varios los agentes serían coautores y, quien sin intervenir en la detención realiza la desaparición, comete el delito de desaparición forzada (Ibid. Loc. Cit., p. 125).

2.3.4.4. Análisis del tipo penal propuesto en comparación con el tipo penal de desaparición forzada de personas vigente

En cuanto a los *sujetos activos*, este tipo de injusto nacional se refiere al funcionario o servidor público (*tipo de infracción de deber*), mientras que el Estatuto cuenta con una previsión más amplia. La fórmula nacional está limitada a la sanción de conductas realizadas exclusivamente por grupos organizados y vinculados al Estado¹⁴⁹. Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú* ha señalado que:

Para garantizar la plena protección contra la desaparición forzada según los artículos 1 y 2 de la Convención Americana y I b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, el derecho penal interno debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”¹⁵⁰.

La Corte agrega a continuación que este tipo penal “*restringe la autoría de la desaparición forzada a los “funcionarios o servidores públicos”, motivo por el cual “esta tipificación no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta”*¹⁵¹.

El Informe Final de la CVR¹⁵² ha señalado que este delito también puede ser cometido no solo por agentes del Estado sino también por quienes actúan con su autorización, apoyo o tolerancia así como por particulares¹⁵³ o miembros de organizaciones subversivas. Por esta razón, basados en la experiencia nacional, de *lege ferenda* es recomendable la inclusión de estos sujetos que harían de este injusto un *delito de dominio* (común)¹⁵⁴.

En relación a la *conducta prohibida*, el tipo previsto en el Estatuto relata los medios para la desaparición de la persona: aprehensión, detención, secuestro; en tanto que la fórmula nacional contenida en el art. 320 del CP no lo hace y ni siquiera se refiere a la “*negativa a informar*” que es un elemento importante para lograr una adecuada definición de esta figura¹⁵⁵. Por ello, coincidimos con la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú* cuando precisa que:

149 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 2488-2002-HC/TC, sentencia del 18 de marzo de 2004, fundamento 3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Fundamento 155-157.

150 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino v. Perú. Sentencia del 22 noviembre de 2005, párrafo 101.

151 Ibid. Loc. Cit., párrafo 102.

152 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo VI. Lima, 2003, p. 69 y ss.

153 En el mismo sentido, AGÜERO, José; FALCONÍ, Carola; GALA, Rocio (Memoria para los Ausentes. Desaparecidos en el Perú 1982-1996. Lima: COMISEDH, 2001. p. 70) quienes refiriéndose a la fórmula nacional de la desaparición forzada han señalado que “la tipificación resulta ineficaz, no solo en cuanto al aspecto práctico y de aplicación concreta sino desde el punto de vista puramente normativo. Adviértase que se excluye de considerar como autores de este delito a quienes no son funcionarios o servidores públicos; vale decir que quienes no ostentasen nombramiento público del Estado no caerían dentro de los alcances de la norma, y por tanto, ella no comprendería a elementos paramilitares y en general clandestinos cuya vinculación real con la esferas gubernativas no tendría importancia al no existir designación oficial en cargos públicos”.

154 Cfr. MEINI, Iván. “Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 126.

155 Para MONTROYA, Yván. (“El derecho internacional y los delitos”, Op. Cit., p. 56) este elemento podría deducirse de la expresión “ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición” utilizada en el art. 320 del CP. Así, se puede diferenciar del injusto del secuestro (art. 151 CP) y se brindan mayores argumentos para superar las críticas al carácter permanente de este delito. Indica que la Sala Penal Nacional en el caso Castillo Páez recurre a este argumento para reforzar el carácter permanente de la desaparición (Ibid.).

La desaparición forzada se caracteriza por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo¹⁵⁶.

Es problemática la diferencia entre el delito de secuestro (art. 151 CP) con el injusto de la desaparición forzada (art. 320 CP). Creemos que esta “negativa a informar” sobre el paradero de la víctima permite afirmar la especialidad de la desaparición forzada frente al secuestro, de manera que se trata de un supuesto de unidad de ley (concurso aparente de leyes)¹⁵⁷.

Otro defecto de la fórmula peruana es la exigencia que la desaparición esté “*debidamente comprobada*”¹⁵⁸, situación que no es planteada por los instrumentos internacionales. Esta exigencia no debe entenderse como una condición objetiva de punibilidad¹⁵⁹ que limite la criminalización y que contradice la idea de evitar la impunidad¹⁶⁰. En relación a este elemento del tipo, la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú* ha señalado que:

Tal y como está redactado el artículo 320 del Código Penal, que hace una referencia a que la desaparición debe ser “debidamente comprobada”, presenta graves dificultades en su interpretación. En primer lugar, no es posible saber si esta debida comprobación debe ser previa a la denuncia del tipo y, en segundo lugar, tampoco se desprende de allí quién debe hacer esta comprobación¹⁶¹.

En el párrafo 107 de esta misma sentencia, la Corte Interamericana agrega lo siguiente:

Esta Corte concuerda con las consideraciones rendidas por el Defensor del Pueblo del Perú, en el sentido que (...) la agregada condición de que la desaparición sea “debidamente comprobada” -que no tiene precedente en la legislación internacional-, carece de una fundamentación político-criminal razonable. Tal condición no debe implicar imponerle al denunciante una previa actividad probatoria absolutamente absurda dada la propia naturaleza clandestina de la práctica, sino únicamente el agotamiento de trámites policiales y administrativos usados corrientemente para la ubicación de cualquier persona desaparecida. No debe entenderse como un presupuesto de punibilidad o procedibilidad pues ello significaría posibilitar la impunidad¹⁶².

156 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino v. Perú. Sentencia del 22 noviembre de 2005, párrafo 103.

157 Cfr. MONTOYA, Yván. “El derecho internacional y los delitos”. Op. Cit., p. 57), quien se apoya además en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que esta figura vulnera una pluralidad de derechos humanos.

158 MEINI (“Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 122) entiende por “desaparición debidamente comprobada” se da cuando el funcionario o servidor público encargado de brindar información sobre el paradero, la situación, el estado y las condiciones en las que la víctima fue detenida, incumple dicho deber”. Por esta vía y sobre la base de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma subraya el desvalor de acción que no descansa tanto en la privación de la libertad sino en la negativa a informar (Ibid. Loc. Cit., p. 123).

159 Vid. VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. La desaparición forzada de personas y su tipificación en el código penal peruano. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 33.

160 Para CARO CORIA (“La tipificación de los crímenes...” Op. Cit., 2001, p. 169), este añadido “debidamente comprobado” es superfluo desde el punto de vista del tipo objetivo y la punibilidad.

161 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino v. Perú. Sentencia del 22 noviembre de 2005, párrafo 105.

162 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino v. Perú. Sentencia del 22 noviembre de 2005. Párrafo 105. Asimismo, en el fundamento 149 de esta sentencia la Corte declara que “el Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de comparibilizarla con los estándares

La Sala Penal Nacional en el *caso Castillo Páez* emitió la sentencia del 20 de marzo de 2006 en la que desarrolla la caracterización del tipo penal de la desaparición forzada sobre la base de dos elementos: a) participación de agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo control con su autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima y b) seguido de la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona, de forma grave se impide a esta el ejercicio de recursos legales y de las garantías legales pertinentes¹⁶³.

Se observa pues que a nivel jurisprudencial existe la tendencia a aplicar las normas internacionales (en este caso la CIDFP) directamente a los casos concretos, al margen de la modificación del tipo legal en la legislación penal interna.

El tipo penal de desaparición forzada previsto en el Estatuto de Roma (art. 7.2. i) agrega dos nuevos elementos¹⁶⁴ al referirse a que la desaparición puede ser realizada por una “*organización política*”, que es algo diferente a los agentes del estado o personas o grupo de personas que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado y, al hacer referencia a la intención del agente de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un “*periodo prolongado*”, sin indicar su específica duración.

En cuanto a la innovación concerniente al uso del término “*organización política*” en el texto del tipo, la observación está dirigida a la propia noción de los derechos humanos que no comprende a sujetos o grupos que no sean agentes del Estado (es decir, particulares como las organizaciones criminales integradas por delincuentes comunes), de manera que la violación realizada por un particular a otro particular debe ser prevenida, investigada y sancionada con las reglas del derecho penal común, por lo que no constituye una violación del DIDH. Si el Estado no cumple, éste será responsable por violación a las garantías judiciales y al derecho de protección judicial de las víctimas, pero no por el acto en sí mismo de la desaparición forzada¹⁶⁵.

En relación al agregado del elemento intencional y la referencia al tiempo límite (“*con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado*”), la observación se ha dirigido hacia las dificultades probatorias que podrían reducir el campo de protección que se busca con la sanción de estos delitos¹⁶⁶. Creemos además que a nivel regional, el expreso reconocimiento realizado por la CIDFP¹⁶⁷ a que la desaparición forzada es un *delito continuado o permanente* mientras no se establezca el

internacionales en materia de desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de conformidad con los criterios establecidos en los párrafos 90 al 110 del presente fallo”. Para MEINI (“Los delitos contra la humanidad...” Op. Cit., p. 122) estas deficiencias de la norma obligan a interpretar el tipo penal de la desaparición forzada sobre la base de la normatividad supranacional (Convención Interamericana contra las desapariciones forzadas. Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el Estatuto de Roma).

163 TALAVERA, Pablo. Op. Cit., p. 229.

164 SCOVAZZI, Tullio y CITRONI, Gabriela. “The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention”. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 273.

165 Ibid. Loc. Cit., pp. 278-279. Durante el proceso de discusión del Proyecto de Convención ONU del 2007, se presentaron tres diferentes posiciones: primera: no mencionar a los autores particulares (no estatales), segunda: mencionarlos en la definición como posibles autores y tercera: incluir un artículo o párrafo separado que establezca que en caso de desapariciones forzadas realizadas por autores particulares (no estatales), los Estados partes tienen la obligación de tomar las medidas para que dichos actos sean considerados en su derecho penal susceptibles de investigación, persecución y sanción de los responsables (Ibid. p. 280). La Convención ONU del 2007 no considero a estos autores particulares en la definición de la desaparición forzada pero se incluyó una previsión separada en el art. 3 (Ibid., p. 281). “Art. 3.- Los Estados partes tomaran las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el art. 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúan sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

166 Vid. Ibid. Loc. Cit., p. 277, el informe del experto independiente Mr. Manfred NOWAK (2002) y el Informe Especial del Consejo de Europa (2005) que adoptó la Resolución 1463 (2005) sobre la no inclusión de este elemento subjetivo que en la práctica puede dificultar la prueba.

167 Art. III: “...Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el paradero o destino de la víctima”.

paradero o destino de la víctima hace innecesaria esta referencia¹⁶⁸. El Tribunal Constitucional del Perú también se ha expresado en el sentido que la desaparición forzada constituye un *delito permanente*¹⁶⁹.

Ambos agregados propuestos para el tipo de la desaparición forzada propuestos en la fórmula del Estatuto de Roma no fueron incluidos en la Convención de las Naciones Unidas del 2007.

En cuanto a la punibilidad, el artículo 320 del CP reprime al autor del injusto con pena privativa de libertad no menor de 15 años, siendo la pena máxima de 35 años (máximo genérico previsto en el artículo 29 CP). Además, se fija como pena la inhabilitación, que de acuerdo al artículo 36 incisos 1 y 2, supone la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el autor de la desaparición forzada, como la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. En la propuesta normativa estudiada, la pena privativa de libertad propuesta es no menor de quince años ni mayor de veinticinco.

La fórmula adoptada por la propuesta normativa reduce las dificultades técnicas que en la actualidad son reconocibles a la figura de la desaparición forzada, por lo que es recomendable su adopción legislativa.

2.3.5. Análisis de las propuestas de delitos de lesa humanidad (contexto de plan sistemático o ataque generalizado) de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas

Artículo 13.- Ejecuciones extrajudiciales, tortura y desapariciones forzadas en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado.

El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel o los miembros de grupos armados organizados que cometan los delitos de tortura, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, siempre que se hayan realizado en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático y estén dirigidos contra la población civil, será reprimido con pena de cadena perpetua, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal.

¹⁶⁸ Sobre la diferencia en el derecho penal entre delito continuado y delito permanente vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit., n.m. 1520: "el delito continuado se diferencia del delito permanente porque este supone realizar distintos actos individuales para el mantenimiento del estado antijurídico que realiza ininterrumpidamente el tipo legal, que son objeto de una valoración unitaria (unidad de valoración jurídica); por el contrario, el delito continuado supone una pluralidad de realizaciones típicas y por ende, de concurso de delitos". Así, para Yván MONTTOYA ("El derecho internacional y los delitos" Op. Cit., p. 55) la figura penal más adecuada es la del delito permanente. En el mismo sentido: RIVERA, Carlos. Op. Cit., p. 55). En tanto, para MEINI ("Los delitos contra la humanidad" Op. Cit., p. 126) la omisión en el cumplimiento del deber de informar se verifica en un momento determinado de manera que se trata de un delito de estado en el sentido que el reproche penal se orienta a la ejecución de un acto y no al mantenimiento de la situación antijurídica.

¹⁶⁹ Caso Peter Cruz Chávez, Exp. 2529-2003-HC/TC Lima, sentencia del 2 julio 2004, fundamento 3 ("reconociéndose, en el presente caso, la comisión del delito de desaparición forzada, el cual constituye un delito de naturaleza permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima..."). Caso Collins Collantes Guerra, Exp. 0442-2007-HC/TC Lima, sentencia del 30 marzo de 2007, fundamento 6 ("este Tribunal ha señalado expresamente que no se vulnera la garantía a la ley previa derivada del principio de legalidad penal en caso de que se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. Tal es el caso del delito de desaparición forzada..."). En el derecho peruano, MONTTOYA, Yván. "El derecho internacional y los delitos", Op. Cit., p. 57) cree que el carácter permanente de este delito "no opera necesariamente sobre la privación de libertad del desaparecido, sino sobre la ocultación de la información sobre el paradero de una persona originalmente detenida".

2.3.5.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana

Con influencia del artículo 7 del Estatuto de Roma, tanto el Anteproyecto del Libro Tercero del Código Penal como los Proyectos de Ley No 14659/2005-CR y No 1707/2007-CR respectivamente (Art. 13 en ambos proyectos), acogen de la lista del articulado anterior delitos de lesa humanidad en el contexto de un *plan sistemático* o *ataque generalizado*. Ambas propuestas normativas se apartan del tenor del artículo 7 del Estatuto de Roma que se refiere a un ataque sistemático y generalizado y no distingue de un plan sistemático y un ataque generalizado como lo hacen los mencionados proyectos. No obstante ello, se recoge dicha práctica delictiva tanto para las figuras delictivas de tortura, desaparición forzada como ejecución extrajudicial.

Una diferencia que se aprecia de ambas propuestas normativas es la inclusión de las ejecuciones extrajudiciales en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado que no prevé el artículo 7 del Estatuto de Roma. En cuanto a la pena propuesta, el Proyecto de Ley No 14659/2005-CR resultaba más benévolo al establecer una pena no menor de 30 años frente a la propuesta normativa que analizamos en el presente trabajo, la cual impone cadena perpetua. A diferencia del texto de la propuesta normativa actual, en el pre dictamen del proyecto N° 1707/2007-CR se propone que la pena sea no mayor de 25 años de privación de libertad.

2.3.5.2. Bien jurídico protegido

Desde una lectura del bien jurídico, lo que caracteriza a un delito de lesa humanidad se desprende no sólo del desvalor de acto, constituido por un ataque generalizado o un plan sistematizado, sino también por el desvalor de resultado, dirigido contra una población civil, y de ahí se desprende el objeto de tutela penal que no es más que la protección de los derechos humanos de la población víctima. Específicamente, los actos de lesa humanidad constituyen atentados a la dignidad humana, los cuales pueden ser cometidos no sólo en tiempos de guerra sino también de paz¹⁷⁰.

2.3.5.3. Tipo penal

Para la configuración estructural de estos delitos deben identificarse los elementos de *plan sistematizado* y *ataque generalizado* (elemento contextual) y la identificación de *una población civil* (sujeto pasivo) como víctima, en los ilícitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales.

Entendemos por *ataque generalizado* aquel dirigido contra una gran cantidad de víctimas que podrían ser el resultado de múltiples actos o de un acto único de extraordinaria magnitud¹⁷¹. Quedan descartados los actos aislados. Un *ataque sistematizado* es el que se ejerce conforme a una política o a un plan preconcebido, por ende, primero se elabora el plan y luego se da ejecución del mismo. El artículo 7 del Estatuto exige una ejecución del plan o de la política del infractor penal a fin de satisfacer el tipo penal, lo que se entendería de los proyectos nacionales al hacer referencia del plan sistemático en ejecución de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial. Por lo demás, basta un ataque generalizado o un plan o ataque sistemático para satisfacer la imputación de la conducta¹⁷².

El señalamiento del objeto de dirección de las conductas a una población civil, reafirma su impacto

170 BLOSSIERS HUME, Juan José. Aportes para las nuevas funciones de la Corte Penal Internacional. Lima: Disartgraf. 2005. p. 129.

171 AMBOS, Kat. Los crímenes del nuevo derecho penal...Op. Cit., p. 52.

172 Cfr. Ibid. Loc. Cit., p. 53; BLOSSIERS HUME, Op. Cit., p. 128.

múltiple. Ahora bien, este elemento típico no distingue la nacionalidad entre el agresor y sus víctimas, no se trata exclusivamente de un ataque contra nacionales por parte de un Estado extranjero¹⁷³. Se entiende además que entre las víctimas la mayoría son civiles y no militares, pero no afectaría la tipicidad si un número mínimo de entre las víctimas resultan ser militares¹⁷⁴.

2.3.6. Análisis de las propuestas de otros delitos de lesa humanidad en contexto de un plan sistemático o ataque generalizado

Artículo 14.- Otros delitos de lesa humanidad en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado.

Será reprimido con pena privativa de libertad de veinte a treinta y cinco años el que, en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil, realice cualquiera de las siguientes conductas:

1. Exterminio.

Someta a una determinada población o parte de ella a condiciones de vida encaminadas a causar su destrucción física total o parcial.

2. Esclavitud.

Realice actos que impliquen el ejercicio de los atributos de propiedad, o de alguno de ellos, sobre una persona.

3. Persecución

Prive de la libertad o lesione gravemente la integridad física o la salud del miembro de un grupo o colectividad por motivos político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso, de sexo u orientación sexual.

4. Violación sexual

Viole, prostituya o esclavice sexualmente a una persona mediante violencia, grave amenaza o aprovechando un contexto de coacción, o se fuerce a una persona a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona, o prive de la capacidad de reproducción a una persona sin su consentimiento, u obligue a una mujer a abortar mediante violencia, intimidación o grave amenaza, o mantenga confinada habiéndola embarazado por la fuerza con la intención de influir en la composición racial o étnica de una población.

5. Deportación o traslado forzoso de población

Deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión o cualquier otra medida coactiva sin motivos autorizados por el Derecho internacional.

6. Detenciones arbitrarias

Prive de la libertad personal a una o más personas en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional.

173

Cfr. AMBOS, Kai, Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 57.

174

Ibid. Loc. Cit., p. 58.

2.3.6.1. Análisis de la propuesta del delito de violencia sexual¹⁷⁵

2.3.6.1.1. Fuentes relevantes del derecho internacional

La violencia sexual se reconoce actualmente como una violación del DIDH, una infracción del DIH¹⁷⁶ y un crimen que es regulado por el derecho penal internacional (en adelante, DPI). Este reconocimiento es el resultado de un largo e intenso proceso que ha tenido una de sus más importantes aristas en la incorporación de una perspectiva de género en la investigación de los crímenes y violaciones de derechos humanos; el reconocimiento de experiencias internacionales y el trabajo permanente de activistas de las organizaciones de mujeres y de derechos humanos.

En principio, debe reconocerse que la violencia sexual se ubica en un contexto más general de violencia de género, cuyas víctimas mayoritarias son las mujeres y que resulta siendo una consecuencia de la condición inferior de las mujeres y las niñas en la sociedad¹⁷⁷.

2.3.6.1.1.1. La violencia sexual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

Si bien el desarrollo del DIDH implicó el surgimiento de un nuevo sistema de protección de los seres humanos, es evidente que los tratados y resoluciones internacionales no brindan una protección efectiva a las mujeres. Estos documentos contienen una cláusula específica sobre la prohibición de la discriminación en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos, así como en la protección ante la ley de hombres y mujeres en condiciones de igualdad, pero la realidad demuestra la situación de subordinación que afrontan las mujeres y la ineficacia del sistema internacional para la protección y vigencia efectiva de sus derechos.

En el ámbito de las Naciones Unidas se organizaron diversas Conferencias Internacionales -gracias al impulso de diversas organizaciones y activistas- producto de las cuales se elaboraron una serie de Plataformas de Acción y Declaraciones destinadas a evidenciar las violaciones específicas a los derechos de las mujeres y a obtener el compromiso de los Estados en su erradicación. Entre ellas, destaca la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, en la cual se establece que *“la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)”*¹⁷⁸. Se sostiene, además, que *“en todas las sociedades, en mayor o menor medida, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase social y cultura”*¹⁷⁹. Asimismo, este documento hace referencia a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres en situaciones de conflicto armado, *“en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados”*¹⁸⁰.

175 La Sección 2.3.6.1. del presente trabajo fue elaborada por la Dra. Julissa MANTILLA FALCÓN.

176 Un desarrollo detallado sobre este marco normativo se encuentra en el análisis del apartado relativo a los delitos contra el derecho internacional humanitario.

177 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 54 período de sesiones. Tema 6 del programa provisional. Otros Asuntos. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos. <http://www.unhcr.org/huridocda/huridocda.nsf/0/4753bcaa684d841bc1256c1400362eb0?OpenDocument>

178 Plataforma de Acción de Beijing de 1995, párrafo 112. <http://www.caipc.org.pe/rif>

179 Plataforma de Acción de Beijing de 1995, párrafo 112.

180 Plataforma de Acción de Beijing de 1995, párrafo 114.

Además de las conferencias especializadas sobre derechos de las mujeres, la ONU auspició la Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993, cuya Declaración y Programa de Acción de Viena señaló que “[l]os órganos de vigilancia creados en virtud de tratados deben incluir la cuestión de la condición de la mujer y los derechos humanos de la mujer en sus deliberaciones y conclusiones, utilizando datos concretos desglosados por sexo”¹⁸¹. Más aún, la Declaración de Viena establece que los derechos humanos de la mujer y de la niña “son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales”. Asimismo, planteó que los casos de violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado, se definen como violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del DIH¹⁸².

Entre los documentos internacionales referidos al tema de la violencia, se encuentra la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 1993, la cual establece en su artículo 1 que por *violencia contra la mujer* se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Asimismo, esta Declaración establece en su artículo 2 que la violencia contra la mujer abarca:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra¹⁸³.

En el mismo sentido se ubica la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, la cual establece la obligación de los Estados Parte de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, en particular en las esferas política, social, económica y cultural¹⁸⁴.

Debe decirse que la CEDAW no incluyó una cláusula especial sobre la violencia contra la mujer, motivo por el cual en 1992 el Comité creado por este tratado elaboró la Recomendación General 19¹⁸⁵, donde se establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que le inhibe gravemente de la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

Asimismo, este documento definió la violencia basada en el sexo como aquella violencia dirigida contra la mujer por el hecho de ser mujer, o que la afecta en forma desproporcionada. En este concepto se

181 Declaración y Plataforma de Acción de Viena (1993). UN Doc. A/CONF.157/24, párrafo 42.

182 Ibid. Loc. Cit., párrafo 38.

183 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1994. http://www.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm

184 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979, artículo 3. <http://www.caipe.org.pe/rrij/>

185 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General No 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994). <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm>

incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. El documento subraya también que la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la CEDAW, independientemente de que en ellas se mencione la violencia en forma expresa¹⁸⁶.

Ahora bien, en el ámbito interamericano, debemos referirnos a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994. Este tratado establece que por violencia contra la mujer debe entenderse *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. Asimismo, la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra¹⁸⁷.

De otro lado, los órganos creados por los instrumentos internacionales de derechos humanos también han elaborado una serie de documentos en la materia. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación General N 28¹⁸⁸ en la que se declara que la igualdad de género requiere una acción afirmativa y que los Estados adopten medidas especiales para proteger a las mujeres de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género e informar al Comité acerca de las medidas adoptadas al respecto.

2.3.6.1.1.2. La violencia sexual como una forma de tortura

Uno de los mayores alcances en cuanto al tratamiento de la violencia sexual en el ámbito del DIDH es su consideración como tortura. En este tema, el punto de partida es la definición de tortura que califica como tal los actos mediante los cuales se inflige intencionadamente a una persona:

...dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia¹⁸⁹.

186 Ibid.

187 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará), artículo 1 y 2, 1994. <http://www.caipe.org.pe/rij/>

188 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 28. Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68 período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom28.html>

189 Artículo 1 de la CAT. En el ámbito interamericano, la CIPST contiene una regulación similar en su artículo 2. Sin embargo, la definición en este tratado es mucho más amplia al establecer que la tortura puede darse “con cualquier otro fin”. Asimismo, este tratado establece que “se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Sobre el análisis de la propuesta de

En este punto, el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Cidh) ha sido fundamental. Por un lado, en el Informe sobre el caso de Haití publicado en 1995, la Cidh identificó como formas de *tortura sexual* los golpes en los senos y el estómago, frecuentemente dirigidos hacia mujeres embarazadas con el objetivo de provocar el aborto o afectar su capacidad reproductiva, así como la introducción de objetos en la vagina¹⁹⁰.

Asimismo, la Cidh consideró que *“las violaciones sexuales constituyen no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el artículo 5 de la Convención, sino además una forma de tortura según el artículo 5(2) del citado instrumento”*¹⁹¹.

Por otro lado, en el Informe sobre el caso de Raquel Martín de Mejía de 1996, la Cidh concluyó que los abusos sexuales reiterados de los que fue objeto la víctima configuraban una violación del artículo 5 y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referidos a la prohibición de la tortura. La Cidh fue clara al afirmar que la violación sexual produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto¹⁹².

En este tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Aydin v. Turquía de 1997 ha reconocido que violación sexual es una forma agravada y deliberada de trato cruel, inhumano y degradante y, por tanto, una violación al artículo 3 de la CCT:

...la violación sexual de una persona detenida por un agente estatal debe ser considerada como una especial y horrenda forma de maltrato considerando la facilidad con que el agresor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y débil resistencia de la víctima. Asimismo, la violación sexual deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima las cuales no responden al paso del tiempo tan rápidamente como otras formas de violencia física y mental¹⁹³.

Finalmente, en la sentencia sobre el caso Castro Castro contra el Perú del 2006, la Corte Interamericana analiza el caso de una interna que fue trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía, contexto en el cual fue objeto de una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con el pretexto de revisarla. En este punto, la Corte concluye que estos actos deben ser considerados como *“una violación sexual que por sus efectos constituye tortura”*¹⁹⁴.

Como se ve, ha habido avances importantes que reconocen que la violencia sexual constituye una forma de tortura cuando cumple con los requisitos establecidos en la definición de esta violación de derechos humanos.

delito de tortura, véase supra en apartado correspondiente.

190 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos en Haití. OEA/Ser.L/V.88. 9 de febrero de 1995, párrafo 123.

191 Ibid.

192 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N 5/96. Caso 10.970. Perú.

193 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aydin v. Turkey, sentencia del 25 de setiembre de 1997, pár. 83 (traducción propia).

194 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

2.3.6.1.1.3. Violencia sexual en el ámbito del derecho internacional humanitario

Las situaciones de conflicto armado, sean de índole internacional o no internacional, constituyen ámbitos donde se intensifica la situación de discriminación y subordinación contra las mujeres y en los cuales la violencia contra las mujeres –especialmente la violencia sexual- forma parte de una estrategia de guerra. En este sentido, debe entenderse que la violación sexual en un contexto de conflicto armado es una cuestión de poder y control estructurada por las ideas del privilegio masculino combinadas con las inequidades étnicas y de clase entre las mujeres¹⁹⁵.

Al respecto, se han identificado dos razones principales para la violencia sexual contra las mujeres en estos contextos: por un lado, la intención de humillar a la comunidad de la cual es parte la mujer y a los hombres que no “cumplieron” con su rol de protección. Por otro lado, se identifica la conexión entre la militarización de un Estado y la violencia contra la mujer¹⁹⁶. Es importante resaltar que la violencia sexual en estos contextos tiene diferentes connotaciones que van desde el botín de guerra hasta la intención de sembrar terror y embarazar a las mujeres de una determinada comunidad, por ejemplo¹⁹⁷.

Asimismo, se sabe que en los conflictos armados la violencia sexual es utilizada contra las mujeres como un medio de castigo y represión, siendo el caso que *“la utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”*¹⁹⁸.

Internacionalmente, existen una serie de reportes sobre los casos de violencia sexual en los conflictos armados. Así por ejemplo, en el caso de Sierra Leona, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, observó que las mujeres y las adolescentes de este país fueron objeto de violaciones de sus derechos humanos y de graves quebrantamientos del DIH¹⁹⁹, con situaciones de violaciones, esclavitud sexual y matrimonios forzados con miembros de las distintas facciones. Asimismo, la Relatora lamentó en este informe la poca atención que la comunidad internacional le brindó a estas situaciones, consolidándose un clima general de impunidad.

De otro lado, la Comisión de Derechos Humanos hizo referencia al tema en la Resolución 2002/52, en la cual condenó la violencia contra la mujer cometida en situaciones de conflicto armado, tales como el asesinato, la violación, la esclavitud sexual y el embarazo forzado, y pidió una reacción efectiva a estas violaciones del DIDH y del DIH²⁰⁰.

A estos documentos, deben sumarse los informes de las Comisiones de la Verdad, especialmente para los casos de Haití, Guatemala, Sudáfrica y Perú, los cuales dan cuenta de situaciones de violencia sexual

195 CHINKIN, Christine. “Rape and sexual abuse of women in international law” En: European Journal of International Law, No 5, 1994, p. 3.

196 Ibid.

197 PILCH, Frances T. “The crime of rape in international humanitarian law”. En: Journal of Legal Studies. No 9, 1998-1999. <http://www.usafa.af.mil/df/df/documents/pilch.doc>.

198 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrafo 224.

199 COMISION DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika COOMARASWAMY, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición Misión a Sierra Leona (21 a 29 de agosto de 2001). Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género. La Violencia contra la mujer. E/CN.4/2002/83/Add.2. 11 de febrero de 2002.

200 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 2002/52, 23 de abril del 2002. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1467.pdf>

cometidas de manera específica contra las mujeres en el contexto de graves violaciones de derechos humanos.

Ahora bien, en el ámbito del DIH la violencia sexual, incluida la violación sexual, se constituye en un acto que transgrede los principios y las normas de este derecho. Sin embargo, debe tenerse presente que los principales instrumentos del DIH, es decir, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sólo centraron su protección en torno al “honor” de las mujeres. Tal vez esto respondió a las carencias de enfoque que sobre el tema se tenía en el momento histórico de la adopción de dichos Convenios.

En este sentido, el art. 27 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece que *“las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”*.

Por su parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), establece una serie de medidas a favor de las mujeres. En este sentido, se sostiene que las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra *“la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”*. Asimismo, se prioriza la atención de las mujeres encinta y de madres con niños de corta edad a su cargo, *“que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado”*.

En lo que se refiere a los conflictos de índole no internacional, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra prohíbe las siguientes conductas:

...los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Como se ve, no se incluye una referencia específica a los casos de violencia contra la mujer.

Por su parte, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) establece expresamente la prohibición de *“los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”*²⁰¹. Nuevamente, la condena de estos hechos vincula la violencia sexual con el pudor. Como CHARLESWORTH concluye, la regulación inicial del DIH considera la violación sexual como un ataque *“al honor de los guerreros o a la santidad de la maternidad”*²⁰² o al pudor. Asimismo, se debe tener presente que lamentablemente esta caracterización de la violencia sexual negaría el daño emocional y físico sufrido por la víctima de estos crímenes²⁰³.

201 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977. Artículo 4.

202 CHARLESWORTH, Hilary. “Feminist methods in International Law” En: American Journal of International Law. April, 1999, pp. 386-387.

203 BEDONT, Barbara y HALL, Katherine. “Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court”. En: The Brown Journal of World Affairs. Vol. VI. Issue 1, 1999, pp. 65-85.

No obstante, cabe destacar que ha habido esfuerzos importantes por contrarrestar esta situación. Así por ejemplo, en 1993, en la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra se reconoció el incremento de los actos de violencia sexual dirigidos particularmente contra las mujeres y los niños, reafirmando que dichos actos son infracciones graves contra el DIH. Posteriormente, en 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó por consenso una resolución en la que se aborda por separado la cuestión de la violencia sexual contra las mujeres, condenándose estas prácticas²⁰⁴.

2.3.6.1.1.4. Violencia sexual en el ámbito del derecho penal internacional

En el ámbito del DPI, la violencia sexual puede constituirse como un crimen de lesa humanidad y/o un crimen de guerra²⁰⁵. A pesar que la violencia sexual ha sido específicamente prohibida por diferentes códigos de conducta militar y normas referidas a los conflictos armados, su regulación ha sido bastante ambigua²⁰⁶.

En primer lugar, se ubican los estatutos de los tribunales de Nuremberg y de Tokio. No obstante los numerosos casos de violencia sexual ocurridos durante la Segunda guerra mundial, estos estatutos no mencionaron estos hechos. Al respecto, el artículo 76, c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg señala que como crímenes contra la humanidad se incluyen:

...el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o la persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas cometidas en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, así no se considere una violación de la normatividad interna del país donde se cometan los hechos²⁰⁷.

En este sentido, este artículo se hubiera podido interpretar para incluir los hechos de violencia sexual²⁰⁸, posibilidad que no fue contemplada por los funcionarios encargados de la investigación²⁰⁹. Una explicación de esta postura puede ser que los países aliados quisieron limitar las acusaciones hacia crímenes que hubieran sido cometidos exclusivamente por los nazis y los japoneses, tales como exterminio masivo de personas y crímenes contra la paz ya que la violencia sexual fue cometida por todos los sectores participantes en la guerra²¹⁰.

En el caso del Tribunal de Tokio, sí se iniciaron acciones judiciales por casos de violación sexual tal como sucedió con “las violaciones de Nanking”²¹¹. En este caso, las violaciones sexuales fueron investigadas como hechos que atentaban contra la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, así como contra el respeto del honor familiar²¹².

204 GARDAM, Judith, “La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, En: Revista Internacional de la Cruz Roja. No 147, septiembre de 1998, pp. 453-467. <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDMG8>

205 Ver el capítulo de la publicación de análisis relativo a los delitos contra el derecho internacional humanitario.

206 CHINKIN, Christine, Op. Cit., p. 6.

207 Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, 8 agosto de 1945. <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/ncharter.html>

208 HUMAN RIGHTS WATCH. We'll kill you if you cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict. Vol. 15, No. 1 (A). Enero 2003. <http://hrw.org/reports/2003/sierraleone>

209 ASKIN, Kelly. War crimes against women. Prosecution in International War Crimes Tribunals. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 142.

210 Ibid. Loc. Cit., p. 163.

211 Posteriormente, hacia finales de la década de los 90, se hizo internacionalmente conocido el caso de las mujeres comfort, estas, mujeres sometidas a esclavitud sexual por los soldados japoneses.

212 ASKIN, Kelly, Op. Cit., p. 180.